This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

KAIS. KÖN. HOF- BIBLIOTHEK
11.955-B
Neu-

Digitized by Google

S.A. 12. I. 129.

Digitized by Google

Digitized by Google

11955-B.

Österreichische Nationalbibliothek
+Z224170205

Digitized by Google

Digitized by Google

SISTEMA

DEL

DIRITTO ROMANO

ATTUALE.

Digitized by Google

Digitized by Google

SISTEMA

DEL

DIRITTO ROMANO

ATTUALE

DI FEDERICO CARLO DI SAVIGNY

Prima traduzione italiana del Dott. PARIDE ZAJOTTI, coll' aggiunta di una Biografia dell' autore e di una Dissertazione dello stesso sullo stato odierno dello studio del Diritto romano in Germania.

VOL. I.

VENEZIA

Coi Tipi dell' Eco dei Tribunali

1856.

Digitized by Google

K. K. HOFBIBL

Digitized by Google

PROSPETTO SOMMARIO DELL'OPERA.

LIBRO I. Fonti del Diritto

Capitolo I. Assunto di quest'opera.

Capitolo II. Della natura de' fonti di Diritto in generale.

Capitolo III. Fonti del Diritto romano attuale.

Capitolo IV. Interpretazione delle leggi.

LIBRO II. Rapporti di Diritto.

Capitolo I. Definizione de' rapporti di Diritto e delle loro differenti specie.

Capitolo II. Delle persone considerate, come soggetto dei rapporti di Diritto.

Capitolo III. Origine e dissoluzione dei rapporti di Diritto.

Capitolo IV. Violazione dei rapporti di Diritto.

LIBRO III. Applicazione delle regole di Diritto ai rapporti di Diritto.

LIBRO IV. Diritto delle cose.

LIBRO V. Diritto delle obbligazioni.

LIBRO VI. Diritto della famiglia.

LIBRO VII. Diritto di eredità.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

DEL PRESENTE VOLUME.

LIBRO I.

Fonti del Diritto romano attuale.

CAPITOLO I.

Assunto di quest' opera.

pag

§ 1. Diritto romano attuale. 1
§ 2. Diritto comune in Germania. 3
§ 3. Limiti dell' assunto di quest' opera 5

CAPITOLO II.

Della natura de' fonti di Diritto in generale.

§ 4. Rapporto di Diritto 6
§ 5. Instituto giuridico 8
§ 6. Definizione dei fonti di Diritto 11
§ 7. Origine generale del Diritto 13
§ 8. Popolo 17
§ 9. Stato. Diritto politico. Diritto privato. Diritto pubblico. 20
§ 10. Opinioni divergenti sullo Stato 26
§ 11. Diritto internazionale 30
§ 12. Diritto consuetudinario 32
§ 13 Legislazione 36
§ 14. Diritto scientifico 42
§ 15. Dei fonti di Diritto nel loro complesso. Natura e derivazione della loro consistenza . . . 46
§ 16. Diritto assoluto e suppletorio, normale ed anomalo 53

Digitized by Google

Capitolo III.

Fonti del Diritto romano attuale.

pag.
§ 17. A. Leggi 63
§ 18. B. Diritto consuetudinario. 73
§ 19. C. Diritto scientifico 79
§ 20. Continuazione 85
§ 21. Fonti di Diritto accessorie 95
§ 22. Dettati dei Romani sui fonti di Diritto in generale 99
§ 23. Dettati de' Romani sulle leggi 114
§ 24. Continuazione 122
§ 25. Dettati dei Romani sul Diritto consuetudinario 138
§ 26. Dettati de' Romani sul Diritto scientifico. . . 150
§ 27. Valor pratico dei dettati de' Romani sui fonti di Diritto 156
§ 28. Opinioni de' moderni sui fonti di Diritto . . . 160
§ 29 Continuazione. 164
§ 30. Continuazione 174
§ 31. Dettati de' Codici moderni sui fonti di Diritto . 189

CAPITOLO IV.

Interpretazione delle leggi.

§ 32. Definizione dell' interpretazione. Divisione in legale e dottrinale 197
§ 33. A. Interpretazione di leggi prese ad una ad una. Regole fondamentali dell' interpretazione . . 203
§ 34. Ragione della legge 207
§ 35. Interpretazione di leggi difettose. Specie di leggi difettose e mezzi di rimediarvi 212
§ 36. Continuazione. (Espressione indeterminata) . . 215
§ 37. Continuazione. (Espressione impropria) . . . 221

Digitized by Google

pag.

§ 38. Interpretazione delle leggi di Giustiniano. (Critica) 231
§ 39. Continuazione 236
§ 40 Interpretazione delle leggi di Giustiniano. (Leggi prese isolatamente) 241
§ 41. Continuazione. (Singole leggi considerate come frammenti della compilazione giustinianea) . 244
§ 42. B. Interpretazione de' fonti di Diritto nel loro complesso (Antinomia) 251
§ 43. Continuazione. 257
§ 44. Continuazione. 262
§ 45. Continuazione 272
§ 46. Continuazione. (Vuoti. Analogia) 279
§ 47. Dettati del Diritto romano sull' interpretazione . 285
§ 48. Continuazione. 293
§ 49. Valore pratico dei dettati del Diritto romano sull' interpretazione 300
§ 50. Opinioni degli autori moderni sull' interpretazione 306
§ 51. Dettati de' Codici moderni sull' interpretazione . 314

Digitized by Google

LIBRO SECONDO

Dei rapporti di Diritto.

CAPITOLO I.

Caratteri essenziali dei rapporti di Diritto e loro specie.

pag.
§ 52. Caratteri essenziali dei rapporti di Diritto . . 319
§ 53. Specie dei rapporti di Diritto 322
§ 54. Diritto di famiglia 332
§ 55. Continuazione. 343
§ 56. Diritto de' beni 353
§ 57. Continuazione 365
§ 58. Prospetto sommario degli instituti di Diritto . 371
§ 59. Opinioni divergenti sulla classificazione . . . 378

APPENDICI.

I. Jus naturale, gentium, civile. 397
II. L. 2, C. quae sit longa consuetudo 405

FINE DELL' INDICE

Digitized by Google

FEDERICO CARLO DI SAVIGNY (*).

Federico Carlo di Savigny nacque a Francoforte, la patria di Göethe, il 21 febbraio 1779, da famiglia, oriunda francese, che, centocinquant'anni prima, fuggendo dalle persecuzioni religiose, v'era venuta a cercare un asilo alla sua fede turbata. In questa patria d'adozione, i suoi avi avevano sostenuto importanti funzioni. L'avo fu direttore della Reggenza di Due-Ponti, ed il padre rappresentava a Francoforte i principi del Circolo dell'Alto-Reno. Educato da sua madre, ardente calvinista, ai sentimenti di pietà, che mai non lo abbandonarono, egli deve, fuor di dubbio, a siffatta fede profonda la costanza della sua vita. Nel 1792 ebbe la sventura di perdere la genitrice, quando suo padre era già morto l'anno prima. A tredici anni, orfano e senza famiglia, fu affidato alle cure d'uno de' migliori amici del suo genitore, l'assessore della Camera imperiale di Wetzlar, di Neurath, giureconsulto assai esperto in quello, ch' allora nomavasi *Diritto pub-*

(*) Questa biografia è desunta per massima parte dalla dissertazione, colla quale l'illustre Laboulaye faceva conoscere nella *Revue des revues de Droit* il Savigny a suoi concittadini, ed annunziava loro la pubblicazione de' primi volumi dell' opera, che ora noi dal nostro canto facciamo conoscere agl' Italiani.

Digitized by Google

blico germanico. Neurath fece partecipare il suo pupillo all'educazione, ch' egli dava a suo figlio, e quando ambedue i giovani ebbero compito il terzo lustro, insegnò loro, egli medesimo, la scienza del Diritto, come allora la s' intendeva in Germania. Fu uopo imparare a memoria, colla scorta di enormi scartafacci, compilati, alla foggia di que' tempi, in assiomi e dimostrazioni matematiche, il Diritto naturale, il Diritto delle genti, il Jus romano ed il Jus germanico. Dio sa qual Diritto naturale e qual Jus romano! Una vocazione meno irresistibile di quella del nostro futuro Cujaccio, vi sarebbe certo venuta meno. Per fortuna, Savigny abbandonò ben presto quegli aridi studii, e passò nel 1795 alla Università di Marburgo, tra le meno importanti della Germania, ma ov'egli ebbe la sorte d' incontrare un uomo, che ne determinò quasi l' avvenire. Quest'uomo, questo dotto, la cui maggior gloria sarà quella d' aver formato un tanto allievo, fu il professore Weiss.

Weiss apparteneva alla scuola, che allora chiamavasi *Scuola della giurisprudenza elegante*, ed era sorta in Olanda, verso la fine del decimosettimo secolo. Dopo il moto di risorgimento, di cui la Francia fu il campo precipuo alla metà del secolo decimosesto, moto che durò fino alla prima metà del secolo seguente, e di cui Hauteserre, Giovanni Della Costa, Fabrot e Giacomo Gotofredo furono gli ultimi rappresentanti, la scienza s' avviò per due diverse strade. In Germania Tomasio, filosofo, divenuto giureconsulto, tentò di porre in atto, nella giurisprudenza, quella radicale riforma, che Cartesio aveva introdotta negli altri rami dello scibile umano. Ribellandosi alle idee dei suoi tempi, Tomasio tutto abbatteva per dare alla scienza una base puramente filosofica e sottrarla agl' influssi della storia e della teologia. Bandito da Lipsia, qual empio innovatore, non abbastanza libero nelle Università esistenti, quell' erudito rivoluzionario fondava Halle per muovervisi senza impaccio, ed inaugurava con una fortuna inaudita quelle teoriche di *Jus na-*

Digitized by Google

turale, che per più d' un secolo dominarono nella giurisprudenza alemanna. Per l' opposto, in Olanda, si perpetuarono le tradizioni della scuola francese; parve quasi che la scienza fosse emigrata coi rifuggiti protestanti, e Leida, Utrecht e Groninga, furono le immediate eredi delle Università di Bourges e di Tolosa, fatte mute sotto il gran re.

Tutto concorreva a favorire l'incremento delle Università olandesi; la libertà d' opinioni, la quiete e la ricchezza della nazione, la posizion del paese, di mezzo tra la Francia e la Germania, tutto insomma, e perfino quell' immenso commercio librario, di cui Amsterdam e Leida erano il centro. Il moto di risorgimento fu certo assai notevole; ma, per singolare fenomeno, non fu punto profondo, e si limitò alla superficie, senza penetrare nel paese, senza potere sulle legislazioni d' Europa. Il suo carattere fu semplicemente letterario, e Leida piuttosto che una Università, fu un' Accademia. I capi della scuola batava emersero per gusto squisito, per latinità pura, per profonda conoscenza dell' antichità classica, ma furono filosofi, anzichè giureconsulti, ed in leggendo le opere loro, direbbesi, quasi, che scopo principale ne fosse l' illustrare Plauto, Orazio o Cicerone. Gherardo Noodt, Bynkershoek, Schulting, Otto, Reiske furono i corifei di quella scuola letteraria, che, anche a' giorni nostri, ebbe degni rappresentanti in Cras, Van-Hall, in Anna den Tex; ma il più gran nome fu quello dell' alemanno Eineccio.

Nato in Sassonia nel 1680, prima professore di filologia, più tardi di filosofia e da ultimo di giurisprudenza, chiamato nel 1724 a Franequer in Olanda, ridomandato tosto da Federico, che rifiutò di cedere agli Stati generali questa gloria di Francoforte e di Halle, Eineccio mezzo-alemanno, mezzo-batavo, si dibattè tutta la sua vita fra la filologia, la giurisprudenza e la filosofia. Cotesta incertezza avrebbe fatta la ruina d'una mente sublime, ma fece la fortuna di questo ingegno di second'or-

Digitized by Google

dine. La chiarezza apparente delle sue idee, la perspicuità del suo stile, l'arte, colla quale seppe trarre profitto dalle altrui scoperte, la perizia, con cui temperava la severità logica della forma tedesca colle grazie della scuola storica, diedero ad Eineccio una influenza, quasi paragonabile a quello di Cujaccio, e siffatta influenza durò fino agli ultimi anni nell'Europa intera.

Questa ventura d'Eineccio è spiegata dall'universalità dei suoi lavori. Nelle opere d'un tale giureconsulto, quasi fossero una enciclopedia, gl'ingegni più svariati rinvenivano un alimento facile e gradito. Eineccio scrisse, senza preferenza, su tutti i rami della giurisprudenza, ed, annegando le proprie idee, seppe, coll'ammirabile suo metodo, appropriare alle più mediocri intelligenze i sistemi del suo tempo. Il suo ingegno, d'una docilità senza pari, assumeva, senza fatica, la forma più acconcia ad ogni specie di lavoro. Pegli ammiratori del Diritto naturale avea riassunto Grozio, Puffendorfio, Wolfio e Tommasio; per quelli, che, traviati da alcune parole mal comprese, di Leibnizio, chiedevano al Jus romano il rigore e la precisione d'un calcolo matematico, avea ridotto le Pandette in assiomi; da ultimo, per chi cercava nella storia uno studio meno arido, scrisse quelle *Antichità del Diritto romano*, che rimangono pur oggidì il più perfetto modello di siffatta specie d'opere. L'inclinazione naturale del suo ingegno lo portava infatti allo studio della storia e della filologia; ivi egli era del tutto eminente ed i suoi *Elementi* e le *Antichità del Diritto germanico* ne danno bella prova; ed in questo senso appunto egli esercitò sulla Germania una fortunata influenza, destando l'amore per gli studii storici.

Per l'impulso dato da Eineccio, la Germania nulla più ebbe ad invidiare all'Olanda; e i discepoli, da lui educati, seguendo l'esempio del maestro, si diedero ad indagare con ardore le antichità romane e le antichità nazionali, terreni vergini e fecondi, che aspettavano, impazienti, d'essere esplorati. Puttmann, Selchow, Biener, Möser s'applicarono allo studio delle origini germaniche,

Digitized by Google

ma al Jus romano rimase il maggior numero d'adoratori. Tra tutti si distinse Augusto Bach, coll' eccellente sua Storia della romana giurisprudenza. A siffatta scuola di cultori del Diritto romano apparteneva il professore Weiss, il quale, riprendendo l' opera di Bach, ove questi l' avea lasciata, imprese una Storia del Jus romano, durante il periodo de' glossatori. Weiss, come la maggior parte de' giureconsulti della scuola batava, era un ingegno più elegante che profondo, era più letterato che giureconsulto, ma aveva un gusto purissimo, che lo tenea lontano dalla metafisica pesante, ch' allora dominava nelle scuole, un' amore ardente per la scienza ed il talento sì prezioso d'instillare questo amore ne' suoi discepoli. Esso condusse Savigny alla scuola storica del secolo decimottavo, innamorandone la giovane intelligenza per quel Jus romano, la cui bellezza ebbe sempre il privilegio di sedurre gl' ingegni peregrini; esso, ponendo a disposizione del suo discepolo prediletto le ricchezze d'una preziosa biblioteca, seppe interessarlo pei destini della legislazione romana, come per quelli d' un amico, fece che la seguisse, non solo nella sua epoca di gloria e di splendore, ma anche per tutta quella trasformazione oscura, e finora allora sconosciuta, dei secoli che tennero dietro alla conquista; insomma, e questo è il massimo elogio, alla sua ispirazione Savigny deve una delle sue opere più belle, la *Storia del Diritto romano:* la scienza deve, al professor Weiss, Savigny.

Nel mese di ottobre del 1796, Savigny passò all'Università di Gottinga. Questi pellegrinaggi delle università stanno nelle abitudini tedesche, e molto giovano ad ingrandire l'ingegno degli studenti, colle varietà delle lezioni e de' metodi, ed a mantenere l' emulazione tra' professori, pel desiderio di vedere accorrere alle loro lezioni giovani da tutti i paesi della Germania. Da Gottinga ove, eccettuato lo storico Spittler, non udì alcun professore di vaglia, Savigny ritornò a terminare i suoi studii a Marburgo. Nel 1800 prese il grado di dottore; la dissertazione,

Digitized by Google

che scrisse in occasione della laurea, annunciava già le disposizioni più felici. Quantunque la Germania sia ricca di tal genere di componimenti, quella di Savigny rimase celebrata per l' eleganza della latinità, per la chiarezza delle idee, per la perfetta conoscenza del soggetto, ed anche adesso all'Università di Tubinga, le pagine annerite del libro, che la contiene, mostrano quante volte, in questi quarant' anni, vi fu cercato il primo capo d' opera del maestro.

Dottore a ventun anno, indipendente pel suo carattere e pel suo censo, Savigny, la cui vocazione era già risoluta si fece professore, o meglio *Privat-docent*, non essendovi nella nostra lingua vocabolo, che esprima acconciamente l' idea. *Privat-docent* è quel professore libero, addetto ad una Università, ma che non ne forma parte, ed il quale insegna, senza alcuno stipendio, tranne le retribuzioni degli studenti, che ne seguono spontaneamente le lezioni. Siffatta istituzione, tutta particolare delle Università alemanne, è ivi considerata come la causa più diretta della prosperità dell' insegnamento, perchè apre libero l' accesso alle idee nuove e mantiene i professori in una emulazione perpetua.

Le prime prove di Savigny furono altrettanti trionfi. Pochi uomini, convien dirlo, furono più felicemente dotati per l'insegnamento: una statura alta, una fisonomia grave e dolce, qualche cosa dello sguardo inspirato di Schiller, una grande nobiltà di parola e di gesto, il fuoco d' un convincimento profondo, l' elevatezza del pensiero, in una parola, tutte le qualità del corpo e dello spirito, concorrevano per fare di quel giovane un professore perfetto. Sulla impressione prodotta da' suoi primi saggi, abbiamo la testimonianza di due uomini, divenuti più tardi la gloria della Germania, i due Grimm, primi discepoli e primi amici del professore di Marburg.

« Non conosco insegnamento, dice Grimm, che abbia fatto » su di me una impressione più profonda delle lezioni di Sa-

Digitized by Google

» vigny. Mi sembra che quello che attraeva e cattivava sì for-
» temente i suoi uditori, fosse la facilità e vivacità della parola,
» unite a tanta quiete e moderazione. I talenti oratorii possono
» abbagliare, per qualche tratto di tempo, ma non producono
» duraturo effetto. Savigny parlava all'improvviso, nè consultava
» quasi mai le proprie annotazioni. La sua parola sempre chiara,
» il suo convincimento profondo, e nel tempo stesso una specie
» di ritegno e di moderazione nel linguaggio, facevano un' im-
» pressione tale che non l'avrebbe per fermo prodotta l'eloquenza
» più ardente. Tutto, in esso, concorreva all' effetto della paro-
» la... Mio fratello ed io fummo ammessi presso Savigny e
» ci fu dato approfittare de' suoi consigli; egli ci spiegò il va-
» lore degli studi storici, e l'importanza del metodo: non gliene
» sarò mai grato abbastanza; imperocchè, senza di lui, io non
» avrei forse mai data una buona direzione a miei studii. Per
» quante cose non destò egli il nostro amore! Quanti libri non
» leggemmo coll' aiuto della sua biblioteca! Con quanto alletta-
» mento non ci leggeva passi del *Wilhem Meister* e poesie di
» Göethe! La impressione ritrattane m'è ancora sì presente, che
» mi sembra di averlo udito ieri! »

Savigny diede successivamente lezioni sul *Diritto criminale*, sugli ultimi dieci libri delle *Pandette*, sopra *Ulpiano*, sul *Diritto d'eredità*, sulla *Metodologia* e sulla *Storia del Jus* romano. Cotale moltiplicità di lezioni, che ci stupisce, presenta il vantaggio che il giovane professore, provando i diversi rami dell'insegnamento, cerca e trova, alla per fine, la direzione naturale del suo ingegno; così fu di Savigny. Nel 1801, mentre insegnava gli ultimi dieci libri delle Pandette, una delle teoriche più delicate del Jus romano, il *possesso*, si attrasse tutta la sua attenzione. Essendosi dato a studiare i testi, stupì del disaccordo che v'era fra le leggi stesse ed i commentatori; Weiss, cui egli assoggettò le proprie ricerche, incoraggiò vivamente il giovane suo discepolo a pubblicare un lavoro speciale sopra un

Digitized by Google

argomento sì interessante tanto per la difficoltà, quanto per la importanza pratica; il *Diritto di possesso*, compilato nell'inverno del 1802, venne alla luce nel principio dell'anno seguente. ed appena comparso ebbe una grande e legittima fortuna (*). Questa fortuna, cosa rara per un libro di giurisprudenza, non venne mai meno, e quel libro rimase, da quarant'anni in qua, l'opera più notevole che sia stata scritta su questa difficile dottrina.

Se è carattere peculiare del genio, il venire sempre a proposito per additare e soddisfare i bisogni attuali della scienza, convien dire che siffatto carattere non mancò a Savigny e che nessun libro venne ad appagare, quanto il suo, un vero bisogno. Eravi in tutte le menti il desiderio di rinnovare i metodi scientifici; tutti erano sì stanchi delle divisioni arbitrarie, tanto in voga nel secolo precedente, di quelle teoriche pretese filosofiche, di tutta quella scolastica tralignata, che impacciava e soffocava la giurisprudenza, che ognuno sentiva il bisogno di ringiovanire la scienza e ritemprarla ai puri fonti, ove il pensiero si vivifica. Già Hugo aveva inalberato a Gottinga il vessillo della riforma; egli avea assalito, con una critica mordace, gl'idoli del secolo scorso; aveva combattuto fieramente quel preteso diritto naturale, comodo manto, sotto cui nascondere i proprii sogni o la propria ignoranza, ed allora si volgeva, con grande energia, alla giurisprudenza civile. Ei voleva por mano a quella massa morta, che i pratici si trasmettevano di mano in mano, senza aggiugnervi altro se non nuovi errori; ad ogni istituzione Hugo domandava l'origine, lo scopo, la ragione del suo essere; s'aveva già la riforma storica. Ma Hugo era atto piuttosto a criticare che a fondare, e pur nel campo della critica egli agiva piuttosto come maestro che quale scrittore. La sua dottrina era

(*) Esso fu tradotto in italiano dal prof. Conticini di Pisa; se ne hanno due edizioni, una di Firenze del 1839 ed una di Napoli del 1840; ne comparve pure una traduzione francese a Parigi.

Digitized by Google

adunque destinata ad agitarsi in una ristretta cerchia, sino al momento in cui Savigny le diede forma positiva, provando, con un capolavoro, quanta vita e quanto avvenire vi fosse nel metodo restituito in onore dal professor di Gottinga.

Nè Hugo, nè Savigny non credevano allora di fondare una nuova scuola; essi stimavano di camminare sulle orme di Cujaccio, che loro sembrava un giureconsulto modello. Il *Diritto di possesso* è precisamente secondo lo spirito di quel maestro. È un libro, fatto con una sola idea, largamente svolta, la quale domina tutta l'opera, senza che discussioni parassite vengano ad intralciarne il filo ordinato. Non si può, non ammirare la saggezza, che presiede all'ordinamento dell'assieme, ed alla disposizione delle parti; tuttavolta oso dire che questo libro, ammirabile pel metodo, non è però ancora una di quelle opere che, svelando un principio fecondo, aprono un' era novella nella scienza. In quel trattato si vede un giovane che, appena entrato nel santuario, non getta lo sguardo al di là del testo, che forma l' oggetto de' suoi studii. Savigny accetta il Jus romano, come punto di partenza infallibile, rimuove i rovi, di cui i commentatori copersero questo antico monumento, rimette in piena luce la teorica romana, la franca dagli avvolgimenti, con cui la soffocarono il Diritto germanico o la pratica, e, quando ha compiuta quest' opera di ricostruzione, si riposa, innamorato della forma, e senza troppo pensare all' importanza politica od all' interesse pratico delle dottrine da lui ristaurate.

Il fortunato successo di questo libro, diffondendo per tutta la Germania il nome ed il metodo del giovane professore, fece piovere su lui le proposte più vantaggiose. Eidelberga e Greifswald gli offrirono una cattedra a' più splendidi patti. Savigny non accettò tali proposizioni. Appena sposato alla giovane Brentano, donna dello spirito e carattere più amabile (*), degna in-

(*) La signora di Savigny è sorella della spiritosa Arnim, la cui cor-

Digitized by Google

somma del gran nome, che era chiamata a partecipare, Savigny s'era riservati alcuni anni di libertà per un grande viaggio scientifico, che dovea compiere la sua educazione letteraria. Visitò le biblioteche di Eidelberga, di Stutgarda, di Tubinga e di Strasburgo, facendo dappertutto investigazioni, copie ed estratti per quella storia de' glossatori, di cui Weiss gli avea dato il primo pensiero.

Nel dicembre del 1804 si recò a Parigi. « Un avvenimento » ben rincrescevole, dice Guenoux, che attinse questi partico- » lari nella sua intimità con Savigny, un avvenimento ben » increscevole rattristò il suo arrivo. Fu rubata dalla carrozza » una valigia, che racchiudeva tutte le sue carte, cioè il frutto » de' suoi studii nelle diverse biblioteche della Germania, e tanti » lavori, che non si tornano a ripigliare da capo, perchè con- » verrebbe trovare quel primo ardore della gioventù, e la felice » disposizione che gli ha ispirati. Il dolore di questa perdita lo » perseguitò per alcuni mesi, ma si diede tosto a ripararla, » almeno in parte, e chiamò a Parigi un suo discepolo, Gia- » como Grimm, perchè lo aiutasse a trarre ogni profitto dalle » ricchezze di quella biblioteca. Savigny abitava in faccia di » questa, e vi si recava ogni giorno con Grimm e lo accom- » pagnavano pure la signora di Savigny ed una delle sue so- » relle. Esse copiarono per lui varii manoscritti francesi, e tra » gli altri le lettere inedite di Cujaccio, la cui scrittura non è » sì facilmente decifrabile. Tutti quattro lavoravano con uguale » ardore, benchè con differente scopo, e tanto amore vi ave- » vano che quasi ogni giorno quegli impiegati doveano avvertirli » ch'era trascorsa l'ora, in cui si chiudeva la biblioteca. »

Nel 1808 Savigny accettò il primo posto all' Università di Landshut, ove alcuni anni prima era stata trasferita l' Università d' Ingolstadt. Il suo soggiorno in Baviera non fu per

rispondenza fu pubblicata molti anni fa, sotto il titolo di *Corrispondenza di Göethe con una fanciulla.*

Digitized by Google

altro di lunga durata; nel 1810 Guglielmo di Humbold, capo dell' istruzione pubblica in Prussia, gli fece proporre una cattedra alla nuova Università di Berlino. Savigny accettò immediatamente, non tanto per interesse personale, quanto piuttosto per odio della dominazione straniera, che pesava allora sul mezzogiorno della Germania, e per amore al paese che, colla sua energica resistenza, rimaneva l' ultima speranza della nazionalità germanica (1).

(1) Savigny, durante il breve suo soggiornò a Landshut, s'era fatto amare da tutti. La signora Arnim così ne parla nel libro già citato:

« Freiberg mi raccontava che Savigny aveva data una nuova vita all' Università, che aveva saputo riconciliare i professori od almeno sedare le loro inimicizie, ma che la sua influenza benefica erasi principalmente fatta sentire agli scolari, dei quali aveva accresciuta la libertà e la indipendenza. Io non vi potrei esprimere quanto grande è il talento di Savigny nel trattare coi giovani I tentativi, i progressi de' suoi scolari gl' ispirano un vero entusiasmo, ei s'allegra quand' essi riescano a trattar bene i temi che loro propone, egli vorrebbe metterli a parte dell' intimo del suo cuore,; si occupa della loro sorte; pensa al loro avvenire, e, con zelo illuminato e amoroso, addita loro la strada. Si può dire di lui in questo riguardo che l' innocenza della sua giovinezza è l'angelo guardiano della sua vita. Egli è naturalmente inclinato ad amare quelli, ai quali consacra tutte le forze del suo intelletto e della sua anima, e non è ciò che pone il sigillo alla vera grandezza? L' ingenua semplicità, colla quale la sua scienza discende al livello di ciascuno, lo rende doppiamente grande ».

La sua partenza da Landshut, prosegue la Arnim, fu un vero lutto: tutta l' Università si raccolse nella sua casa a dargli l' ultimo saluto, e molti fra' suoi scolari e colleghi lo accompagnarono per lungo tratto di cammino. Alcuni de' suoi alunni più diletti lo seguirono fino a Salisburgo. Tra questi la Arnim nomina Ringseis, di Schenk, di Gumpenberg, Freiberg, Luigi Grimm e Salvotti. Di questo, ch' ora siede consigliere dell' Impero a Vienna e che come vedremo più innanzi, è tutt' ora animato da vivo entusiasmo e da amore figliale per Savigny, che lo ricambia della più viva amicizia, ella dice: l' italiano Salvotti, bello nell' ampio suo mantello verde, che getta le più nobili pieghe attorno alla

Digitized by Google

I Francesi, signori per forza d'armi della Germania, aveano abusato della vittoria, volendo distruggere la nazionalità tedesca e trasformare in dipartimenti francesi le più belle provincie dell' antico impero. La Prussia combattè fino all' ultimo momento per salvare la nazionalità minacciata, e quando abbattuta dalla sanguinosa disfatta di Auerstedt, mozzata dal trattato di Tilsitt, dovè rinunziare a Halle, Università tutto prussiana, la rivale di Lipsia, la creazione di Tomasio, il re Federico Guglielmo si separò con un grido di disperazione da questo antico fiore della corona: « Cari abitanti delle nostre fedeli « provincie, scriveva egli in un proclama del 24 luglio 1807, « voi conoscete i miei sentimenti, e i deplorabili avvenimenti « dell' anno passato... Le nostre armi ebbero la peggio; bi- « sogna accettare la pace, quale le congiunture la impongono!... « Convien spezzare questi legami, santificati da secoli, dai patti « più sacri, dall' amore e dalla fiducia; il fato lo vuole, il pa- « dre si separa da' suoi figli; ma nè destino, nè potere alcuno « strapperanno dal mio cuore la memoria di voi. »

A questo appello straziante, i professori di Halle risposero, stringendosi attorno al re, e chiedendo l' istituzione d'una Università a Berlino. Questo disegno, ritardato sino alla partenza de' vincitori, che occupavano la città, fu poi eseguito in foggia grandiosa. Giusta domanda di Guglielmo di Humboldt, il re diede il magnifico palazzo del principe Enrico per collocarvi l' Università, ed accordò al nuovo istituto una dotazione di centocinquanta mila talleri prussiani. Ai fedeli professori di Halle, Beyme, Schwalz, Hufeland, Niemeyer, Schleiermacher s' aggiunsero Niebuhr, divenuto professore per patrottismo, Eichhorn e Savigny, ed incominciarono quelle splendide lezioni,

sua figura, con tranquillità imperturbabile nei movimenti, con focosa vivacità d' espressione; con lui non si può dire quattro parole, tanto è profondo nella dottrina. »

Digitized by Google

che fecero di Berlino la capitale della civiltà alemanna. « Ah! « dice Niebuhr, che allora sostenne una delle prime parti, fu « un bel momento, quello in cui si aprì l'Università di Ber- « lino; aver conosciuto quei giorni d'ispirazione e di felicità, « nei quali io insegnava e scriveva questo libro (1), ed aver « veduto il 1813, basta a rendere fortunata una vita, per « quanto essa sia stata d'altro lato bersagliata da dolorose espe- « rienze. »

Tra Niebuhr e Savigny si strinse ben presto la più viva amicizia; Savigny fu il primo uditore di quegli improvvisi, nei quali Niebuhr, con tutta la foga della sua immaginazione, creava da capo a fondo un nuovo mondo romano; e Niebuhr, dal suo canto, non poteva separarsi da questo amico grave e severo, il cui ingegno compieva il suo, e nella *Storia romana*, ove ad ogni tratto effonde la pienezza del suo cuore, il nome di Savigny sorge di quando in quando come una diletta memoria (2).

Le guerre del 1814 restituirono l'indipendenza alla Germania, ma, ritiratasi l'onda straniera, sorsero le più gravi questioni politiche; conveniva, nient'altro, che ricostruire quel grande paese. Dell'antico Impero germanico, abbattuto dalla conquista, non rimaneano che rovine; le istituzioni francesi era-

(1) La *Storia romana*.

(2) Nella prefazione alla seconda edizione del primo volume ei dice:

« Non ho potuto approfittare delle nuove scoperte; era allora in « Italia, troppo preoccupato dagli affari, perchè lavorassi con piacere ne' li- « bri; d'altra parte credeva di non poter più far senza della felicità, che « aveva già gustata nella conversazione di Savigny. Dolci colloquii, nei « quali, di balzo, era trovato il nodo della questione; nei quali m'era sì « facile interrogare su mille punti, sì dolce compiere ed esperimentare il « mio pensiero nel cuore d'un amico. » — Ed altrove: « mi ricordo « come una cara memoria de' giorni passati, di dovere questa osserva- « zione a Savigny »

Digitized by Google

no respinte come tristo retaggio di dieci anni di guerre e di sconfitte; nell' organizzazione politica, nelle leggi, nelle istituzioni, tutto era a fondarsi. Fu allora che una voce partita da Eidelberga fece alla Germania una proposta, che non mancava d' interesse nè di grandezza. I successi del 1814 erano stati ottenuti col ridestamento e collo slancio dello spirito nazionale. Aveano combattuto, non per la Prussia o per l' Austria, ma per la patria comune, per la Germania. In questa lotta, le piccole gelosie provinciali, erano affatto sparite. Il desiderio ed il bisogno dell' unità erano in tutti i cuori; il congresso medesimo di Vienna, che allora deliberava, voleva, a suo modo, fondare siffatta unità, secolarizzando gli antichi principati ecclesiastici, mediatizzando quella massa di piccoli principi, la cui indipendenza e gelosia, costituiva la debolezza del paese; la meta era sublime e l' occasione favorevole per tutti quelli, che amavano la patria. Thibaut credette che quello fosse il momento di chiedere un codice, comune a tutta la Germania, ed il quale, se non era dato sperare l' unità politica, mantenesse almeno l' unità nazionale, coll' unità della legislazione e dell' insegnamento.

« Hannovi due condizioni, diceva egli (1) che si possono « e debbono esigere da ogni legislazione, cioè ch' essa sia più « che possibile perfetta, tanto nella forma, quanto nella sostan- « za; in altri termini che il linguaggio della legge sia chiaro, « esatto, preciso, e che le istituzioni corrispondano ai bisogni « della nazione. Sciaguratamente, non havvi un solo Stato in « Germania, nel quale pur una sola di queste condizioni sia « adempiuta, nemmeno per metà... Il nostro Diritto germa- « nico non è se non un miscuglio di disposizioni contradditto- « rie, che si combattono e si annullano a vicenda. Si direbbe

(1) *Sulla necessità di un Diritto civile universale per la Germania*, 1814

Digitized by Google

« che la nostra legislazione cerca di rendere i Tedeschi stra-
« nieri gli uni agli altri, e d' impedire ai giudici ed agli av-
« vocati di acquistar mai una istruzione fondata. E quand' an-
« che poi alcuno possedesse a fondo questo caos legale, non
« sarebbe perciò più avvantaggiato. Infatti il nostro Diritto na-
« zionale è sì incompiuto, sì imperfetto che, tra cento questio-
« ni, che si presentano, ne ha sempre almeno novantanove, che
« vanno decise con talune delle legislazioni straniere, ricevute
« ne' nostri Tribunali, cioè col Diritto canonico o col Jus ro-
« mano. È difficile immaginare cosa più fatale. Se levate ciò
« che risguarda la costituzione della chiesa cattolica, il Diritto
« canonico non ha alcun valore; è un ammasso di disposizioni,
« oscure, mozze ed incomplete; spesso queste disposizioni non
« sono che sviste dei primi interpreti del Jus romano, ed ap-
« palesano una tendenza sì insistente del potere spirituale ad
« ingerirsi nelle cose temporali, che un governo assennato deve
« cercare altrove le regole di decisione.

« Rimane l' ultima parte e più importante della nostra
« legislazione; è il corpo del Jus romano, cioè l' opera d' una
« nazione straniera, opera compiuta a' tempi della più profonda
« decadenza, e che ad ogni pagina porta le vestigia della de-
« crepitezza. Conviene essere acciecati dalla passione per ral-
« legrarsi che i tedeschi abbiano accolto nella loro legislazione
« quest' opera indigesta, e per consigliar loro in sul serio di
« conservarla.

« Essa è, dicono, *una collezione infinitamente completa.*
« Questo è innegabile, come sarebbe vero il dire che la Ger-
« mania è immensamente ricca, perchè possiede tutti i tesori,
« sepolti nel suo suolo, fino al centro della terra, ma il diffi-
« cile è l' estrarre siffatti tesori senza spesa. Dirò altrettanto
« del Diritto romano; è indubitabile che i giureconsulti dotati
« di profonda dottrina, di spirito penetrante, di pazienza a tutta
« prova, giugneranno a stabilire, su ciascun punto, un sistema

Digitized by Google

« compiuto, cui sapranno desumere da questi sparsi frammenti,
« e che, da qui ad un migliaio d'anni, saremo forse abbastanza
« fortunati da possedere un'opera classica e compiuta sui mille
« punti importanti che tuttora sono nel caos. Ma che importa
« al paese che buone idee si conservino in alcuni dotti libri?
« Ciò che gli occorre, è che il diritto viva in qualche modo
« nella mente del giudice e dell' avvocato, e che sia facile
« acquistar una compiuta istruzione legale; ma tutto questo
« sarà sempre impossibile col Diritto romano. »

Tali critiche, le quali coglievano nel segno, fecero impressione. Come dotto, e come uomo caldo di amor di patria, Thibaut trovò un eco in tutti i cuori. Feuerbach a Monaco, Schmidt a Jena, Pfeiffer a Cassel, si associarono al professore d'Eidelberga per domandare un codice che traesse la Germania da quell' enorme confusione, in cui era caduta la giurisprudenza. Le idee di Pfeiffer si avvicinavano molto agli assennati principii, che presiedettero in Francia alla redazione del Codice civile; Pfeiffer uomo pratico e pieno d' esperienza, non voleva subitanee innovazioni, ma tuttavia voleva rompere questo caos giuridico, e chiedeva un codice che, senza innovare, stabilisse quali dottrine avessero ad essere seguite, e quali convenisse rifiutare; in somma, egli voleva un codice nuovo per la forma, antico per la sostanza.

Le idee di riforma andarono rapidamente conquistando terreno, allorchè si presentò nell' arena un avversario inaspettato: Savigny. L' opuscolo da lui stampato in quell' occasione, col titolo: *Della vocazione de' nostri tempi per la legislazione e la giurisprudenza*, fece un' impressione profonda, e che ancora non si è dileguata del tutto. Questo scritto, chiamato a sopravvivere alle circostanze, che gli diedero origine, non era niente meno che la professione di fede d'una nuova scuola, che la rompeva coi metodi del secolo scorso, e sotto il nome di *Scuola storica*, dichiarava apertamente la guerra al siste-

Digitized by Google

ma dominante. Perciò la lotta s' accese fino dal primo istante con una vivezza estrema; Hugo e Schrader parteggiarono per Savigny, Feuerbach, e Göenner per Thibaut. Anche oggidì, che sono trascorsi venticinque anni, il fuoco cova ancora sotto le ceneri, e la discussione si riaccese più d'una volta; imperocchè in questo campo, apparentemente sì limitato, s' agita l' eterna lotta delle due tendenze che dividono lo spirito umano, la tendenza storica e la tendenza filosofica.

La questione della compilazione de' codici, ch' era per Thibaut la question principale, non aveva per Savigny se non una importanza secondaria (1). Il nostro giureconsulto non negava che talvolta fosse opportuno formulare precisamente le sussistenti consuetudini; per lui, questa determinazione, sospendendo l'andamento progressivo della giurisprudenza, offriva più inconvenienti che vantaggi, ma in certi casi egli ammetteva che pur convenisse appigliarvisi. In somma, in tale controversia, Savigny seguiva il dettato del sessagesimo quarto aforismo di Bacone:

« Essere desiderabile che la rifusione delle leggi avve-
« nisse in un secolo superiore, per dottrina e per esperienza,
« ai secoli, di cui si rifondono gli atti ed i monumenti. Impe-
« rocchè, aggiugneva il cancelliere fa compassione il vedere
« un' epoca ignorante e priva di saviezza stroncare e riformare
« senza gusto le opere dell' antichità. »

La Germania era ella giunta al momento desiderato da Bacone, e soprattutto le condizioni politiche permettevano di pensare seriamente ad una siffatta riforma? In questo riguardo, avversando la compilazione dei codici, Savigny dava prova d'un patriottismo non meno ardente di quello di Thibaut, e d' una mente più positiva e più savia. In teorica non ha cosa più bella, politicamente più utile dell' unità della legislazione; ma in

(1) Di questo avviso è anche Bluntschli, nel suo libro: *Die Neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*. Zurigó, 1841, p. 15.

Digitized by Google

Germania, nel 1804 questa bella idea era assolutamente impossibile. Non era dato sperare che la Prussia rinunziasse al suo *Landrecht*, nè l' Austria al Codice promulgato appena tre anni avanti, per accettare un nuovo codice, sulla cui formazione ben difficilmente tutte le parti sarebbonsi accordate. Promovendo la questione della compilazione di codici, era a prevedersi che s' avrebbe, in ultima analisi, promossa la compilazione di altrettanti codici particolari quanti erano i piccoli regni, creati dal congresso di Vienna, i quali, non più trattenuti dal legame e dalla maestà antica dell' Impero, aspiravano tutti ad indipendenza e sovranità assoluta. Il risultamento politico di questi codici, risultamento egualmente previsto ed egualmente temuto dai due avversarii, era quello di dare sostanza alle divisioni fittizie della diplomazia, di creare Badesi, Assiani, Bavaresi, i quali si distinguessero almeno per le leggi civili dai Sassoni e dai Prussiani; era quello di rendere sempre più stranieri gli uni agli altri, colla diversità della giurisprudenza, che produce la diversità degl' interessi, popoli, procedenti dallo stesso stipite, e che fino allora avevano avuta la stessa base di legislazione. Ed a vero dire, quali si fossero i difetti dell' antica giurisprudenza, essa aveva almeno il merito che i suoi principii, sotto il nome di *Diritto comune*, erano ammessi da tutti i Tribunali della Germania; di più, che questo Diritto comune era insegnato nelle Università, a cui la Germania doveva, sino allora, i progressi fatti verso l' unità. Che cosa sarebbe avvenuto quando un codice particolare introducesse nell' insegnamento la stessa diversità, come nella giurisprudenza? Non venivasi per tal maniera a sacrificare quanto era a grave stento stato ottenuto con molti secoli di sforzi, vale a dire l' unità almeno per mezzo dell' insegnamento?

Rimossa la questione politica, rimaneva una questione scientifica, che per Savigny costituiva il vero punto della difficoltà. Il nostro giureconsulto non discostava dall' opinione di

Digitized by Google

Thibaut soltanto riguardo alla compilazione de' codici; tra' principii di questi due dotti si frapponeva una voragine. Savigny sentiva questa enorme differenza, e per darvi una forma, fondò una dottrina, che distingue la scuola *storica* dalle antiche scuole francese ed olandese (colle quali ha però varii punti di ravvicinamento) e dalla scuola detta *non istorica*, di cui Thibaut era uno de' campioni, se non più solidi, almeno più ingegnosi.

Dominava allora in Germania, come ancora in molti paesi d'Europa, un'opinione troppo facilmente ricevuta: che, cioè, il legislatore sia onnipossente per riformare e mutare le istituzioni e che tutto si possa fare a forza di leggi. Siffatta idea, falsa per la sua esagerazione e che dà ad un uomo, una influenza sui costumi e sui destini d'una nazione, che per fortuna non gli può appartenere, era un cattivo avanzo della filosofia del secolo decimottavo; era la continuazione di quel principio che, confondendo il diritto e la morale, ammette un diritto di natura o un diritto razionale, ideale perfetto della legislazione, di cui i differenti codici non sono se non una alterazione passaggiera, e che s'addatta ugualmente a tutte le nazioni ed a tutti i secoli; nella stessa guisa, come a tempi più recenti, Bentham, vero rappresentante di siffatte fallaci teoriche, andava offrendo di paese in paese a Maddison, presidente degli Stati Uniti, al governatore della Pensilvania, all'imperatore Alessandro, alla Cortes di Spagna e di Portogallo, quell'eterno Codice civile e penale, che dovea indifferentemente essere opportuno a paesi, diversi per costumi, per clima, per istoria. Thibaut, senza andare tanto innanzi quanto Bentham, partecipava però, coi giureconsulti di quel tempo, alle stesse idee. Egli voleva ottenere dal legislatore quanto Savigny si aspettava soltanto dalla scienza.

Thibaut credeva poco all'importanza degli studii storici, imperocchè non ammetteva il potere del carattere nazionale sullo svolgimento della legislazione. Il diritto privato in ispe-

Digitized by Google

cie gli sembrava, in certo qual modo, scritto nel cuore umano; per esso il jus privato, era una regola, alla quale da sè giugnevano la mente e la ragione umana, e che non aveva punto uopo d' acconciarsi alle condizioni ed alle congiunture. Al diritto ei dava il nome di *matematica giuridica*, su cui i secoli ed i luoghi non producevano alcun effetto. Gli studii storici non erano se non ricerche d' erudizione oziosa, ed egli soleva applicare ai giureconsulti della scuola di Savigny il detto di Mallebranche su certi dotti: « I dotti studiano piuttosto per acqui-« stare una grandezza chimerica nell' immaginazione degli altri « uomini, che per dare alla loro mente maggior vigore ed esten-« sione. Fanno del loro cervello una specie di magazzino, in « cui ammucchiano senza discernimento e senza ordine tutto « quanto ha qualche impronta d' erudizione, vale a dire tutto « quello che può apparire raro e straordinario ed eccitare l' am-« mirazione degli altri uomini. *Essi vanno superbi di racco-« gliere in questo loro magazzino, anticaglie che nulla han-« no di ricco e di solido, ed il cui prezzo dipende soltanto « dal capriccio o dal caso.* » Secondo Thibaut dieci lezioni, sulle leggi della Persia e della Cina erano assai più utili degli studii sterminati di tutti i commentatori sulle variazioni della successione romana. Tutti questi creatori di *micrologia* com' egli soleva scherzevolmente chiamarli, sì superbi e contenti delle loro impercettibili scoperte, gli richiamavano al pensiero quei buoni frati spagnuoli, sì beati di possedere un pezzo della scala veduta in sogno da Giacobbe. Di quel passato, di cui Savigny accettava con entusiasmo il retaggio, Thibaut diceva, quanto Winkelmann scrisse dei greci, *che gli antichi non furono sì grandi, se non perchè non ebbero la nostra scienza, cioè l' arte di sapere quanto gli altri seppero prima di noi*, e riguardo alla successione delle leggi, di cui il professore di Berlino ammirava il maraviglioso concatenamento, Thibaut seguiva piuttosto il parere di Mefistofele. « Le leggi e

Digitized by Google

« i diritti si trasmettono come una eterna malattia, passano di « generazione in generazione e si estendono lentamente di luo- « go in luogo. La ragione diviene stoltezza, il beneficio tor- « mento; guai a te che sei nipote! (1) »

Questa tendenza delle menti, la quale non era propria del solo Thibaut, rendeva pericolosa ogni compilazione di codici, imperocchè un Codice scritto da mani inette ben lungi dall'assicurare alla Germania una legge nazionale, poteva imporle una legislazione iudeterminata, mediocre, e la quale avrebbe tutt' altro che favorito la sospirata unità. L'esempio della Francia, addotto da Gönner, non aveva autorità, giacchè, prescindendo dal fatto che nessuno voleva cosa, che rassomigliasse ai Codici francesi, sul quale era allora di moda il menare acerbe ed ingiuste critiche, Savigny osservava a buon diritto che in Francia il merito eminente dei pratici giureconsulti, il buon senso caratteristico dell' ingegno nazionale, la perfezione della lingua aveva potuto preservare dai pericoli d'una rapida innovazione, ma che nulla potevasi sperare di simile in un paese, nel quale la scienza pura assorbe tutte le menti più elevate, e la pratica non è coltivata che dalla gente di minore ingegno, dai *teorici rimasti a mezzo il cammino.* Secondo un motto spiritoso di Bluntschli, non era possibile aver fiducia nei medici che si offrivano, perch' essi erano, tra tutti, i più ammalati. D' altro canto, si avea innanzi agli occhi il triste esempio del Codice criminale bavarese. Quest' opera, compilata da Feuerbach, il primo criminalista della Germania, discussa per nove anni continui da tre dotte commissioni, non aveva dato altro frutto se non una legislazione d' impossibile esecuzione, e due anni dopo la sua comparsa, cento undici novelle aveano travolto nei punti più essenziali quel sogno di un teorico.

(1) Si vegga però il senso affatto opposto, nel quale Savigny interpretava questo passo di Göethe, p. 39, nella nota *b*.

Digitized by Google

Perchè adunque il diritto sfugge così alla mano degli uomini? Quale ne è la natura ed il carattere? Savigny si trovava forzatamente tratto a fare queste due domande, ed ecco come egli le scioglieva:

Per quanto risaliamo nella storia, veggiamo che il diritto civile di ciascun popolo ha sempre il suo carattere determinato e particolare, come le abitudini, i costumi, la stessa costituzione. Il diritto non è adunque una regola assoluta, come la morale od una istituzione indifferente, che non si connetta al paese in cui regna; al contrario il diritto è una funzione dello spirito nazionale, una manifestazione, che non ha vita sua propria, una capacità della nazione, cui la riflessione separa ed astrae, ma che non sussiste di per sè con una esistenza distinta. Come il corpo umano cangia e si sviluppa continuamente con un movimento insensibile, così accade del corpo sociale; il diritto è una delle forze di questo grande corpo, e non un vestito, che sia dato far indossare o smettere, secondo i capricci della giornata; in tutte le epoche, il diritto si conserva in una relazione essenziale colla natura e col carattere del popolo, che n'è retto, e non si potrebbe meglio indicarne lo svolgimento che paragonandolo al progresso della lingua. Per la lingua, come pel diritto, non havvi momento in cui siano compiutamente stazionarii: tutti e due vanno soggetti al medesimo cammino ed alle stesse alterazioni come gli altri modi dell'attività nazionale; in ambedue il progresso è determinato da una interna necessità. Il diritto al pari della lingua cresce colla nazione, soffre o prospera con essa e perisce quando la nazione dispare. Insomma la forza del diritto è intrinseca e non procede dall'arbitrio del legislatore. Le leggi si scrivono, ma non s'inventano.

Quale si è adunque l'assunto del legislatore, e quale potere può aver esso sul diritto per mezzo della legislazione propriamente detta? Le parti del legislatore, diceva Savigny, non sono che secondarie. Rimuovere gli ostacoli, che si frappongono

Digitized by Google

al cammino progressivo delle istituzioni, dare colla sanzione legislativa la vita giuridica ad instituti, che in qualche modo sorgono da sè, troncare ogni ramo parassito o morto, fare, in una parola, le parti del pretore a Roma questo, e non altro, è l'assunto che appartiene al legislatore, e se, facendosi un falso concetto della sua missione, ei volesse sostituire le proprie idee alle idee nazionali, egli confonderebbe miseramente tutta la legislazione. L'opera del legislatore è adunque delicatissima, imperciocchè richiede, come esigeva Bacone, una conoscenza perfetta delle istituzioni antiche, una intelligenza elevata dei bisogni nuovi; è uopo in questo riguardo d'una estrema cautela, d'una grande esperienza delle cose umane e sarebbe pazzia il permettere ad ogni profano d'intraprendere, con mani impure, siffatta misteriosa operazione. Ora, aggiungeva Savigny, attualmente nè gli uomini, nè la scienza e nemmeno la lingua giuridica non sono in grado di bastare alla grande opera; bisogna ancora aspettare. Quando, per mezzo di serii studi, avremo acquistata una scienza più profonda, quando avremo acconciamente esercitato il nostro senso storico e politico, potremo proferire un giudizio sulla materia che ci è data. Fino a quel momento stiamo esitanti, e non affrettiamci a dar di piglio allo scalpello del chirurgo, perchè potremmo recidere carne viva, ed addossarci per l'avvenire la più tremenda responsabilità. Guardiamoci da qualunque precipitazione; allorquando il popolo ebreo non volle aspettare sul sul monte Sinai le leggi di Dio, si fece, per petulanza, un vitello d'oro, e per punirlo, furono spezzate le vere tavole della legge.

Da cotesta teorica legislativa, Savigny deduceva il metodo di studio e d'insegnamento del diritto: « Il carattere della nostra scuola non è, come gli rimproverarono ingiustamente alcuni novelli avversarii, una stima esclusiva del diritto romano, nè la conservazione assoluta di certe dottrine; tutt'al contrario, noi ci guardiamo con ogni cura da simili difetti. Lo scopo

Digitized by Google

« della scienza, come noi l' intendiamo, è di risalire fino alla « prima radice di ogni dottrina, presentataci dal passato, e sco- « prirne il principio organico, in modo che quanto vive an- « cora in tale dottrina si stacchi da tutto quello, che ne è « morto e non appartiene più se non alla storia. Il corpo di « giurisprudenza, che abbiamo ricevuto, si compone d' un tri- « plice elemento, del Jus romano, del Jus germanico e delle « posteriori modificazioni di questi elementi primitivi. Il Diritto « romano, a non parlare della sua importanza storica, porge il « vantaggio, che, per l' alto grado di coltura a cui giunse, « serve ad un tempo di modello, e d' ideale alla scienza mo- « derna. Siffatto vantaggio manca al Diritto germanico, ma in « ricambio questo ha un aspetto, nel quale supera il Jus ro- « mano; esso è più nei nostri costumi, se oso dirlo, a noi « s' attiene più da vicino, e dall' esserne sparite le forme « antiche sarebbe erroneo il concludere ch' egli siasi ritirato « dalla nostra legislazione. La sostanza delle sue forme, lo spi- « rito nazionale che le aveva ispirate, sopravvisse alle forme « stesse, e più d' una istituzione germanica è destinata a ride- « starsi ancora, e nella costituzione e nel diritto privato; parlo « dello spirito di tali antiche istituzioni e non già della lettera; « ma studiandone appunto la lettera noi giureconsulti impariamo « a conoscere e indovinarne lo spirito. Da ultimo non voglionsi « trascurare le alterazioni ricevute da questi due elementi pri- « mitivi; nel lungo cammino, che percorsero per giugnere « sino a noi, v' ebbero riforme comandate dai bisogni della « nazione, o prodotte dall' influenza de' giureconsulti. Quest' ul- « tima influenza fu anzi più forte dell' altra e per istabilire la « parte, ch' ebbero i giureconsulti, occorrerebbe una storia « della giurisprudenza durante il medio evo. Nello studio di « quest' ultimo fonte del nostro Diritto, lo sforzo principa- « le dee tendere di pari passo a separare l' elemento vitale « della giurisprudenza presente da tutta quella massa inerte, di

Digitized by Google

« cui ci riempirono l' ignoranza o la sciocchezza de' secoli scorsi. »

Questa è la dottrina, a cui Savigny ha annesso il suo nome; essa si accosta in molti punti ad idee analoghe, messe in campo a' nostri giorni dagli eccellenti ingegni, che, in Francia, rigenerarono la storia e la filosofia. Riconoscere in ogni scienza morale l' elemento che i secoli l' un l' altro si trasmettono, discutere questo elemento, e fattane la critica, dargli la legittima sua parte d' influenza; considerare il presente come un ponte fra il passato e l' avvenire, e non dimenticar mai che a romperlo da un lato si cade nell' abisso, tutti questi sono assunti innegabili e tuttavia nuovi. Appunto nel riconoscere in siffatta guisa i legittimi diritti del passato, il nostro secolo è destinato a contraddistinguersi dalle età che il precedettero; con questo egli contribuirà al progresso della civiltà, e questa parte sarà bastante perchè il suo nome non sia senza gloria nell' avvenire.

Per dare un organo alla novella scuola, per bandirne i principii e difenderli contro gli attacchi mossi da Eidelberga e da Monaco, Savigny, in unione ad Eichhorn e Goeschen fondò il *Giornale di Giurisprudenza storica.* Nell' introduzione, che fece precedere al primo numero, egli ripigliò con novello vigore, la sua professione di fede scientifica, simbolo ammesso da tutti gli intelletti più distinti della Germania settentrionale (1). Il guanto gettato, fu raccolto: Thibaut negli Annali di Eidelberga, rispose a Savigny colla cortesia di un avversario, che mira piuttosto a brillare che a convincere; ma Goenner a Monaco non seppe rimanere ne' debiti limiti e si scagliò con violenza contro la scuola di Berlino. Savigny, dal canto suo, rispose con amarezza ed in modo aspro. Goenner, all' atto della

(1) Laboulaye fu tanto compreso d' ammirazione, per quel discorso, che lo riprodusse quasi per intiero nell' Introduzione della sua magnifica *Storia del diritto di proprietà.*

Digitized by Google

conquista fatta dalle armi francesi, aveva accolto con entusiasmo il Codice di Napoleone, ed agli occhi di Savigny quest'era una viltà; ma la sua risposta andò per altro tropp' oltre. Tuttavia la polemica mal si conveniva all'ingegno ed al cuore eccellente di quel uomo, il quale era venuto nella scienza non per distruggere ma per fondare, e non voleva logorare in guerre di parte una operosità tutto dedicata ai progressi della scienza: dopo la sua risposta a Goenner, Savigny rinunziò per sempre alla polemica, e quando, quindici anni dopo, raccolse gli atti di questa grande discussione, non volle unirvi quanto aveva scritto contro Goenner, *non avendo nulla cangiato delle sue opinioni*, diceva, *ma non avendo nemmeno alcun desiderio, allora ch' erano trascorsi molti anni ed il suo avversario più non viveva, di ridestare una discussione, dettata del tutto dalle congiunture, e che aveva assunto il carattere d' una polemica personale.* Savigny non uscì più da quel savio riserbo, e nemmeno gli assalti mordaci del più fiero avversario della scuola storica, di Gans, non valsero a rompere il prudente silenzio, che il nostro giureconsulto s' era imposto (1).

Uscito dalla polemica, Savigny diede opera ad un lavoro da lunga pezza incominciato, a quella *Storia dei Glossatori*, di cui Weis gli aveva in addietro ispirato il primo pensiero. Ma sotto l' influenza delle ultime discussioni, l' autore aveva modificato d' assai il piano primitivo ed egli stesso ci spiega come le sue idee si fossero ingrandite sotto l' impero delle nuove dottrine da lui stabilite.

(1) Alcuno si meraviglierà che non si parli qui più diffusamente della critica di Gans e della pretesa scuola filosofica, che inalzò la sua bandiera contro il vessillo della scuola storica, ma in realtà, e ad onta del meraviglioso suo ingegno, Gans non riuscì a fondare una setta, fu l' unico maestro e l' unico discepolo di quella scuola che trasportava la dottrina di Hegel nella giurisprudenza.

Digitized by Google

« Qualora, stando all' opinione generale, si consideri il « diritto civile d' una nazione come il risultamento arbitrario « della volontà legislativa, a seconda della quale esso possa va- « riare ad ogni momento, per cedere il posto ad altra istitu- « zione affatto nuova, il diritto, conviene confessarlo, non si « lega alla storia della nazione e della sua costituzione se non « per un vincolo assai debole, un capriccio, un accidente. Con « questa idea fu trattata fino ad ora la questione della durata « del Jus romano, e della sua sparizione durante il Medio « Evo. Fu sempre considerato come se avesse esistenza sua « particolare, come se fosse indipendente dall' esistenza e dalla « condizione del popolo, che regge. Io espressi altrove un' opi- « nione affatto contraria; secondo il mio convincimento, il di- « ritto è necessariamente indotto dalla condizione stessa della « nazione, e tale convincimento capovolge del tutto il modo di « considerare il nostro problema storico. La questione della « durata del Diritto romano ci conduce necessariamente ad « esaminare la durata medesima del popolo, presso del quale, « e pel quale il diritto esisteva, e non ci è dato ammettere la « persistenza del diritto, senza avere già premesso la persi- « stenza della nazionalità e dell' amministrazione romana, im- « perocchè se la nazione romana scomparve sotto le rovine « dell' Impero d' Occidente, non v' ebbe necessità nè possibilità « di conservare la romana legislazione. Lo stesso avverrà se i « vinti perdettero la loro libertà personale o tutta la proprietà « perchè mancando l' oggetto della legislazione cessa in pari « tempo la sua ragione d' esistere.

« Ed anche, a voler supporre che ogni libertà ed ogni « proprietà non fosse andata perduta, se ogni vita politica fu « distrutta, se la nazione vinta si confuse intieramente colla « nazione vittoriosa, è ben difficile l' ammettere la persistenza « del Jus romano; imperciocchè il diritto è una parte della « vita politica d' una nazione, si collega in mille punti a tutto

Digitized by Google

« il rimanente della organizzazione nazionale, e ben difficil-
« mente può sopravvivere alla distruzione della costituzione. Ar-
« rogi che la persistenza della legislazione suppone la persi-
« stenza dell' organizzazione giudiziaria, non essendo possibile
« ammettere nei regni della conquista l' amministrazione della
« legge romana senza giudici e tribunali romani.

« Partendo dal punto di vista da me indicato, per dare
« una sicura base a questa storia del diritto in generale, e
« più particolarmente del diritto civile, sarà necessario indagare
« quale fu, in questi nuovi Stati, la posizione de' Romani, esa-
« minare quale fu la condizione de' vinti, quella delle loro terre,
« ed alfine quale la costituzione sotto cui vissero. Quest' ul-
« tima indagine ne richiama alla sua volta un' altra, perchè
« tale costituzione si annetteva all' organizzazione che prece-
« dette la caduta dell' Impero d' Occidente, ma siccome questa
« ricerca, non è da me fatta se non con uno scopo indiretto,
« la ridurrò a quelle sole parti, che sono richieste dal piano
« del mio lavoro. »

All' aspetto di tale grandiosa orditura, è impossibile che il lettore non si senta involontariamente prevenuto a favore di questa legislazione di cui gli è promessa la storia. E cotesto sentimento, non è quell' interesse di curiosità, buono per un picciol numero d' idolatri, sempre pronti a prosternarsi innanzi alla prima pergamena annerita dalla polvere de' secoli; è piuttosto quell' interesse grave e profondo, che accende ogni amico della patria e dell' umanità, quand' egli evoca il passato per domandare a questa sfinge tremenda, la parola del presente ed il secreto dell' avvenire. Questa legislazione, retaggio della saggezza o della follia de' nostri padri, che pesa sulla nostra, come il passato, ch' essa rappresenta, pesa tutto sul nostro presente, donde ci viene? ove ci conduce? come la modificheremo? Alla prima di queste domande risponde Savigny in quest' opera, e ne svela le misteriose origini; più tardi, nell' opera

Digitized by Google

della sua vecchiaia, egli risponderà all' ultima, e rivendicherà anche al presente i suoi legittimi diritti.

Non crediamo che abbia nella storia spettacolo più grande che quella lunga generazione della civiltà moderna, alla quale ci fa assistere Savigny. I Germani, fatti padroni di quello, che fu il mondo romano, portarono nella terra conquistata le loro istituzioni ed i loro usi, ma la razza vinta conservò le proprie leggi e le sue leggi sono ora per essa il passato, la patria, la nazionalità. Nel momento, in cui cessa la lotta sanguinosa, in cui ogni vita sembra cessata nello spirato impero, s' accende, fra le due società, una lotta sorda ma disperata, non sono più gli uomini ma le istituzioni che si combattono e si distruggono a vicenda, sino a che una civiltà, la quale non è più nè romana nè barbara, sorge dalle rovine del mondo romano e dal mondo germanico, ambedue confusi e trasformati.

La parte letteraria, specialmente, di questa *Storia del Diritto romano nel Medio Evo* (1), è un capo d' opera di pazienza e di metodo. È veramente incredibile quanti documenti d' ogni specie fu uopo raccogliere, quanti manoscritti, diplomi, libri, quasi sconosciuti e più rari degli stessi manoscritti, convenne leggere; questa storia è veramente un portento di erudizione, ed è certo che se Savigny scrisse, com' egli dice, pei futuri scrittori anzichè pei lettori odierni, egli fece un capolavoro, perchè il suo libro è destinato per gran tempo a servire di base a tutti gli studii, che avranno per oggetto le origini della civiltà moderna.

Noi non accettiamo però la destinazione troppo modesta che l' autore assegna alla sua opera; invece coll' indirizzarsi ai

(1) Se ne hanno due traduzioni l' una francese, di Guenoux, l' altra italiana, stampata a Firenze, nella quale però i tre ultimi volumi sono compendiati, secondo i consigli dell' autore stesso.

Digitized by Google

lettori d'ogni classe e d' ogni condizione, la Storia del diritto romano prestò il più prezioso ufficio alla scienza: la chiarezza delle idee, l' eleganza dello stile, l' interesse dell' argomento, cattivarono alla giurisprudenza talun ammiratore, che prima se n' era tenuto lontano per l' aridità delle forme dell' antica scuola. Nè il Savigny seppe interessare il lettore soltanto per le sorti del Jus romano, ma ne richiamò pur fortemente l' attenzione sull' andamento e sui progressi delle istituzioni germaniche. Su questo terreno a lui poco abituale, egli diè prove di tale nettezza d'idee, di tale finezza di osservazioni, che si conquistò anche il primo posto fra' germanisti del secolo. Siffatti studii sul Diritto germanico sono tanto più notevoli, perchè fu spesso e giustamente rimproverata alla scuola storica la sua predilezione pel Jus romano; ma sarebbe ingiusto accagionar Savigny di questa predilezione, legittimata dalla bellezza e magnificenza del monumento romano; imperciocchè pochi germanisti recarono al diritto nazionale tributo maggiore del suo, e se alcuno ebbe colpa della preferenza momentanea del Diritto romano, non fu certo Savigny, ma Gajo.

Fu nel 1817 che la scoperta di questo giureconsulto romano, perduto da dodici secoli, venne a dare alla scienza un impulso che sembrava non le dovesse mai più venire. Niebuhr fu il primo autore di questo fortunato avvenimento. Nominato ambasciatore a Roma, egli si separava con rammarico dall' Università, da lui fondata, e congedandosi da Savigny, gli diceva: « Vi prometto di mandarvi qualcuno degli antichi giureconsulti perduti, dalla prima città d' Italia in cui porrò piede. » Pochi giorni dopo, l' accidente fece che lo scherzo divenisse verità: Niebuhr, visitando a Verona gli antichi manoscritti di quella biblioteca, s' abbattè in un S. Girolamo sotto la scrittura del quale riconobbe frammenti di giurisprudenza romana. Si affrettò di mandare a Savigny copia di queste preziose reliquie,

Digitized by Google

credendo che fossero di Ulpiano, ma l'occhio pratico del giureconsulto riconobbe a prima vista lo stile di Gajo, scrittore del terzo secolo, di cui Giustiniano avea mutilati i commentarii per farne le Istituzioni. Berlino, in forza del movimento scientifico di cui Savigny era il capo, s'impadronì tosto di questa scoperta, e l'Accademia delle scienze di cui Savigny, era membro fino dal 1811, mandò da Berlino a Verona i professori Becker e Goeschen, ai quali si unì Bethmann-Hollweg, per decifrare il prezioso palimsesto. La prima edizione ne comparve nel 1820 e produsse una compiuta rivoluzione. Convenne dimenticare quello, che i maestri aveano insegnato, e ripigliare la scienza dai primi fondamenti, perchè allora si veniva a conoscere per la prima volta, la chiave della giurisprudenza romana, la procedura civile. Tuttavia, e questa è cosa maravigliosa, Savigny aveva scritto fino allora con una sì perfetta cognizione de' fonti, con un sentimento sì vero del genio romano, che le sue opere non ne furono sensibilmente tocche: Gajo confermò la dottrina del *Diritto di possesso.*

La ricomparsa inaspettata degli avanzi dell'antichità, che si credevano perduti per sempre, come Gajo, la Repubblica di Cicerone, i frammenti del Codice Teodosiano, riaprendo sotto un aspetto nuovo il mondo romano, chiamò in quella direzione tutti gli ingegni di Germania, amanti della bella antichità. Savigny fu il capo di questo movimento, secondato dalle indagini di Niebuhr; fu esso che come professore e come scrittore, animò, colle parole e colle opere, i giovani dotti, che sursero nell'arena. I suoi consigli sempre pronti, la sua ricca biblioteca sempre aperta, la sua amicizia sempre accordata a quelli che si dedicavano alla comune religione della scienza, fecero del professore di Berlino l'apostolo instancabile della rigenerazione giuridica; Savigny, ad onta della sua modestia, si trovò collocato in quel posto superiore, che tocca sempre al genio, perocchè il genio solo è al di sopra delle

Digitized by Google

gare di partito e delle miserabili gelosie di mestiere; fu per la scienza del diritto in Germania, quello che a' giorni nostri furono in Francia Cuvier per le scienze naturali, Silvestro de Sacy per gli studii orientali, Cousin per la filosofia. Varii de' suoi giovani discepoli, divenuti più tardi professori essi medesimi o scrittori distinti, si compiacquero di riconoscere quanto dovevano a questa amorosa sollecitudine del loro maestro, perchè nell' incertezza de' primi passi, il giovane dotto, ha bisogno d' una mano che lo guidi, lo sostenga e gli additi una parte del cammino. Biener nella *Storia delle Novelle*, Klenze nel *Prologo della legge Servilia*, Barckow, l' editore della *Legge romana dei Borgognoni*, Boeking nel *Brachilogo*, Haenel nella nuova edizione del *Codice Teodosiano*, Laspeyres nella sua ingegnosa *Restituzione del libro dei feudi*, riconobbero pubblicamente che alla bontà, ai consigli, alle comunicazioni di Savigny andavano debitori d' una parte del loro successo, e siffatta influenza è manifesta, nelle due più notevoli opere uscite dalla scuola di Berlino, le quali ambedue ricordano il fare del maestro: la *Storia delle istituzioni giudiziarie del Basso-Impero* di Bethmann-Hollweg, e la *Storia del Governo e della legislazione di Zurigo*, di Bluntschli (1).

Come scrittore, Savigny non rappresentò una parte meno grande di quella da lui sostenuta qual professore. Senza parlare della sua *Storia del Diritto romano*, la cui pubblicazione durò quasi quindici anni, dal 1815 non trascorse anno, che non fosse distinto con qualche indagine sopra un punto interessante dell' antichità, e tale è l' ingegno di quest' uomo, che ciascuna delle sue ricerche termina sempre con una scoperta. La maggior parte di queste dissertazioni, composte per l' Accademia delle

(1) Notiamo con piacere che anche il grande Warnkönig, pubblicando nel 1853 la sua *Juristiche Encyclopädie*, la dedicava a Savigny, designandolo: *capo della giurisprudenza del nostro secolo.*

Digitized by Google

scienze di Berlino, venne in luce nel *Giornale di giurisprudenza storica*, di cui Savigny fu costante redattore prima con Eichhorn, poi con Klenze, il più abile filologo tra i giureconsulti moderni, e da ultimo, morto Klenze, con Rudorff, uno degli interpreti più ingegnosi della legislazione romana.

Alcune di queste dissertazioni sono veri capo-lavori; e come tali nomineremo quelle che hanno per oggetto, il diritto di latinità, il *jus italicum*, il colonato, le imposte romane, argomento ripigliato e spinto più innanzi da Baudi di Vesme, il quale però, anzichè contraddire, svolse maggiormente le opinioni di Savigny. Anche quando non si conviene in tutte le idee dell' autore, è impossibile disconoscere l' estrema abilità, con cui quelle dissertazioni sono scritte. La questione, sempre unica, è sì lucidamente posta, le prove sono condotte in modo sì naturale, l' argomentazione è sì potente e sì facile, ch' è ben difficile resistere all' attrazione di quello stile sì chiaro, ed alla forza di quella logica serrata, che svela profondi studi e convinzioni. Riempier bene i confini ristretti d' una dissertazione, senza sopraccaricare il soggetto o senza impoverirlo, è cosa assai più ardua di quello che alcuno possa immaginarsi, e nulla è più facile che tramodare nell' uno o nell' altro senso.

Durante questo periodo di venticinque anni, che sembra dedicato per intiero allo studio delle scienze, tanto le opere ne son numerose, Savigny sostenne tuttavia le più molteplici funzioni. Membro del Senato universitario, cui vanno congiunte attribuzioni amministrative alquanto complicate, membro del Tribunale superiore *(Spruch-Collegium)* che in certi casi formano le Università, del Consiglio di Stato dal 1817, della Corte di revisione dal 1819, per varii anni ministro della giustizia, professore instancabile, membro attivo di tutte le Accademie d' Europa, in corrispondenza con quanti giureconsulti veramente distinti v' hanno in Germania, in Italia, in Francia, nel Belgio, Savigny, in forza della moderazione della sua vita,

Digitized by Google

dell' ordine che presiede a tutte le sue azioni, bastò da tanti anni a queste occupazioni sì molteplici, senza aver cessato un istante d' essere alla testa della scienza co' suoi lavori particolari.

Nel 1825 una malattia nervosa, che il tormentava da varii anni lo costrinse a cercare, sotto un clima più dolce, un rimedio ad insoffribili dolori; ei passò in Lombardia l' inverno del 1825, e l' anno dopo visitò Roma, Napoli e Firenze. Benchè la sua salute gl' interdicesse qualunque seria occupazione, studiò le Università italiane, e nel giornale del suo viaggio tributò il debito onore a questo paese, sì spesso conculcato da' forestieri.

Di ritorno a Berlino nel 1829, Savigny ebbe parte sempre più attiva nel Consiglio di Stato; la sua conoscenza perfetta delle legislazioni antiche e moderne, la prudenza e la saviezza della sua mente, la moderazione delle idee, la fermezza del consiglio gli assicuravano una legittima influenza; d' altro canto i suoi colleghi erano per la maggior parte o uomini convinti delle dottrine storiche o vecchi discepoli, tra i quali, e nel primo posto, per la vastità dell' ingegno e delle cognizioni, figurava il principe reale, ora re di Prussia, il quale, nelle parole dette al suo innalzamento al trono, mostrò d' essere imbevuto delle idee del maestro.

Così, con una fortuna assai rara, fu dato a Savigny di veder trionfare le proprie idee, non soltanto nel recinto delle Università, ma anche nelle più alte sfere della politica, e si può dire senza temerità che in Prussia tutta l' amministrazione è sotto l' impero della scuola storica.

Sembrerebbe che, dopo un trionfo sì magnifico, l' arringo scientifico di Savigny fosse terminato, e che null' altro gli restasse se non riposare sui conquistati allori, imperocchè nulla gli mancava nè fama, nè beni di fortuna, nè alte cariche, nè l' ammirazione ed il concorso di una gioventù che s' accalca

Digitized by Google

alle lezioni di questo instancabile apostolo; eppure in mezzo a cotanto trionfo Savigny, lungi dall' arrestarsi, si gettò con risolutezza in una via novella.

Fatta la riforma nella scienza pura ed assicurato un imperituro trionfo alla scuola storica, Savigny, nel prender parte attiva alla direzione del governo, s' avvide che tutto non era ancora guadagnato, se non riusciva a riconciliare fra loro, identificare e confondere la teoria e la pratica. Queste due faccie d' una stessa scienza non possono a lungo rimanere separate senza mutilar la scienza medesima, perchè, ov' esse vanno assolutamente separate le une dalle altre, la teoria è un giuoco della mente, la pratica un mestiere.

Riconciliare ed identificare la pratica e la teoria, questo è lo scopo che si propose Savigny, colla sua opera il *Sistema del Diritto romano attuale*, che ora noi per la prima volta pubblichiamo in italiano; opera immensa, la più considerevole che sia stata prodotta dopo Domat e Pothier, e che pel vigore della mente parrebbe l' opera d' un giovane, se la profondità della dottrina, l' estensione delle vedute, la sicurezza del giudizio non svelassero l' uomo che consumò una intiera vita nello studio.

Sarebbe soverchia temerità la nostra se volessimo dare un cenno del sistema dell' opera, quando pochi passi più innanzi, è aperta a tutti la magnifica esposizione, fatta nella Introduzione, dalla mano del maestro. Solo noteremo, che quest' opera s' indirizza ugualmente ai pratici ed ai teorici d' ogni nazione, e tende a liberare la dottrina da tutti quei sistemi senza base e senza utilità, che la rendono inaccessibile ai pratici, e ad estirpare dalla pratica gli errori introdottivi dall' ignoranza ò dalla consuetudine, ad esporre in somma nella più viva luce quanto di veramente grande, di veramente utile anche a giorni nostri v' ha nel Diritto romano. La Francia sì avversa, per indole nazionale, a tutto quello che non è francese chinò il

Digitized by Google

capo innanzi al grande maestro, e la traduzione fatta di quest' opera dalla maestrevole penna del Guenoux si meritò oramai l' onore d' una seconda edizione. Gli Italiani, che per amore della scienza e per amore di patria, debbono essere doppiamente grati allo Savigny, vorranno essi accogliere con animo indifferente questo grande monumento di sapienza giuridica! Ci sarebbe troppo doloroso il crederlo!

Incominciata l' opera nel 1835, Savigny ne scrisse di botto i quattro primi volumi, nè il suo inalzamento al posto di ministro della giustizia, nè le molteplici cure, nè il procedere minaccioso dell' età valsero a farlo arrestare nel suo cammino, finchè tutta non l' avesse compiuta.

Anche questa nuova pietra del grandioso edifizio è ora terminata, e giunto oramai sul finire del decimoquinto lustro il nostro giureconsulto voleva ristare, e lasciare agli altri il procedere sulle luminose orme da lui impresse nel campo della giurisprudenza. Ma le rispettose sollecitudini d' un antico discepolo, le affettuose istanze di un amico, i caldi consigli d' un grande giureconsulto fecero ch' egli riprendesse, con novella lena, un altro lavoro, che deve porre il suggello al *Sistema del Diritto romano*. Alle istanze di Salvotti, da lui stimato quale confratello ed amato qual figlio, Savigny non seppe resistere ed ora sta scrivendo il nuovo *Trattato delle obbligazioni*, del quale sono già comparsi due volumi, che lasciano sperarne la continuazione Nel trattare questa parte del diritto particolare, il grande giureconsulto seppe additare in qual modo le quistioni risultanti dagli istituti moderni sconosciuti ai Romani debbano essere esaminate e decise. La influenza che aver possano le leggi che concernono il variabile corso sul danaro, non fu finora da alcuno con più profondità svolta, per modo che la teoria sul danaro si può considerare come una stupenda monografia. Una prova ulteriore del come si vantaggi la pratica di principii esatti intorno alle obbligazioni, si ha nel secondo volume in cui più par-

Digitized by Google

ticolarmente imprende a trattare delle obbligazioni o carte al portatore. Determinata la loro vera natura Savigny addita le varie quistioni che ne risultano e le svolge con quella rara sagacità, che è propria del consumato giureconsulto. La scuola storica non avrebbe d'uopo di altre prove, a convincere i suoi detrattori, che dessa non raccomanda lo studio del Diritto romano per un vano amore della antichità, ma sibbene per trarne quei principii e quel metodo, che soli possano condurci alla trattazione scientifica di quei nuovi istituti giuridici, che il progresso della società tutto il giorno fa sorgere. Noi auguriamo all'illustre maestro tanta vita, quanta possa bastare a rendere compiuto questo lavoro, che fu di già salutato in Germania dalla ammirazione universale. Gli Italiani, che finora erano avvezzi a credere insuperabili il Pothier ed il Toullier, potranno al confronto scorgere la immensa distanza che passa fra quei due pregevolissimi scrittori e il grande capo della scuola storica del diritto.

E noi, nel render grazie, a chi seppe procurarci ancora questo prezioso lavoro, dobbiamo far voti al cielo perchè voglia conservare una vita sì preziosa, qual è quella di Savigny, sicch' egli possa aggiugnere anche questa novella foglia alla sua immortale corona.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREFAZIONE DELL' AUTORE

Quando un campo scientifico sia stato, come quello del Jus, coltivato mercè il continuo sforzo di molti secoli, la vivente generazione è in possesso di un largo retaggio. Il quale non consiste solamente nella moltitudine delle verità scoperte, ma sì ancora negli studii intrapresi per iscoprirle; perocchè ogni tentativo dello spirito umano, ogni sforzo delle età precedenti, bene o male riuscito ch' e' sia, ci giova o coll' ammaestrarci, o col metterci in guardia: laonde, sotto un certo aspetto, può dirsi che all' opera nostra s' associno le congiunte forze di tutte le età che passarono. Ma se per inerzia, o per orgoglio, non curiamo queste dovizie, di che naturalmente ci troviam possessori, o se, troppo leggermente usandone, abbandoniamo all' avventura il ricco frutto, che potremmo cavarne, ecco andar tosto perduti gl' inestimabili beni che all' essenza del vero sapere sono inerenti, voglio dire la comunanza delle convinzioni scientifiche e con essa il costante e vivo progresso, senza cui quella comunanza potria convertirsi in una lettera morta. La qual cosa acciocchè non avvenga, è a desiderare che di tempo in tempo taluno vada raccogliendo

Digitized by Google

e in un insieme armonicamente ordinato compendii tutto ciò che fu partitamente indagato e raccolto. Perocchè spesse volte i contemporanei cultori della scienza mettonsi per vie disparate, la cui opposizione ci balza più visibilmente agli occhi, se ci facciamo a confrontare insieme l'epoche intere. Nè giova l'una via scegliere e l'altra rigettare, ma anzi è di mestieri che le scoperte differenze sieno raccostate e insieme in una sola dottrina rifuse, che tutte le domini; il qual modo è l'unico atto a far progredire sicuramente la scienza. Chi si accinge al lavoro di questa fusione conviene che sia compreso di riverenza per la grandezza che ammirasi nelle opere de' nostri maggiori. Ma acciocchè un tal sentimento, degenerando in cieca deferenza, non preoccupi la libertà del pensiero, è necessario che l'intelletto s'affisi continuamente all'ultimo fine della scienza, rispetto al quale le maggiori cose possibili ad operarsi dai singoli uomini parranno sempre imperfette.

Se da un lato lo svolgimento della nostra scienza continuato per molte generazioni ci offre una ricca messe, dall'altro ci troviamo appunto per ciò esposti a gravi pericoli singolari. In mezzo alla sterminata moltitudine di definizioni, di regole, di voci tecniche, tramandateci dai nostri predecessori, doveva fuor d'ogni dubbio insinuarsi colla verità una buona parte d'errore: il quale pel radicato prestigio d'un antico dominio ha gran forza sopra di noi e facilmente può toglierci in sua balia. Ad evitar questo danno è desiderabile che tratto tratto l'intero cumulo delle idee tramandateci sia di nuovo posto al vaglio, che se ne movano dubbi,

Digitized by Google

che se ne indaghi la origine. Al che fare conviene che l'uomo si metta artatamente nella condizione di chi dovesse comunicare le ricevute dottrine a gente imperita, dubitosa, opponitrice. Libertà di pensiero e indipendenza da ogni autorità sono le disposizioni più favorevoli a questo esame. Ma perchè questa libertà non si trasmuti in prosunzione, e riesca feconda, bisogna che le sia compagno un salutifero sentimento di umiltà, che sorge naturalmente in noi, tosto che consideriamo senza passione alla insufficienza delle nostre forze personali, potendo esse sole rendere feconda di proprii frutti quella libertà.

Così movendo da punti opposti, raggiugneremo la stessa meta, voglio dire riconosceremo la necessità d'una rivista periodica dell'opera de' nostri predecessori, affine di sceverarne il falso, di ritenerne il vero e stabilmente appropriarcelo; sicchè ci sia fatta abilità di raccostarci, quanto consentono le nostre forze, a quella perfezione ch'è lo scopo comune di tutti. Col presente lavoro noi ci proponiamo appunto di contemplare nell'anzidetto modo l'odierno stato della scienza.

Ma fin dalle prime non possiamo disconoscere come le preoccupazioni generate negl' intelletti dalle dottrine, che si agitarono in questi ultimi tempi, facciano guerra a quella spassionatezza, con la quale vorremmo vedere accolta l'opera nostra. Il nome dell'autore basterà senza più, perchè altri metta in forse la generalità di quell' intendimento che dichiarammo presedere a questo lavoro, e creda da noi, non tanto contemplarsi il puro interesse della scienza, quanto

Digitized by Google

il trionfo della scuola storica: l'opera nostra essere dettata da spirito di parte: però dover guardarsene chi non militi sotto gli stessi vessilli.

Nella nostra scienza ogni buon risultamento dipende dalla cooperazione delle varie potenze dello spirito. Per contraddistinguere col suo particolare contrassegno una di queste facoltà e la speciale attitudine che prende la scienza sotto il suo dominio, fu già da noi e da altri usato di buona fede il termine di scuola storica. Mettevamo noi in risalto quel lato della scienza, non per negare, o menomare comecchessia, il pregio di altre facoltà e maniere di studii, ma perchè quest'una essendo da gran tempo negletta a confronto delle altre, aveva sopra le altre mestieri di una calda difesa, che la ritornasse nel suo naturale diritto Se non che a quel nome di scuola storica, s'accese una lunga, ostinata, fiera contesa: e pur non ha molto ne corsero aspre parole. L'opporvi schermo sarebbe inutile e in certo modo impossibile; perchè le differenze procedono piuttosto da sentimenti personali, che da vera contraddizione di principii: onde appunto gli avversarii della scuola storica sogliono aggiugnere questo nome a ogni cosa che loro dispiaccia o paia degna di biasimo nei letterari lavori. E in tali termini essendo la lite, chi vorrebbe accingersi ad una confutazione? Non per questo io mi asterrò da ogni apologia, che passi sotto silenzio un'accusa, la quale per la sua generalità e pel carattere scientifico, sotto cui si presenta, merita seria risposta. Fu detto dagli avversarii, e assai volte ripetuto, che i partigiani della scuola storica, annegando l'es-

Digitized by Google

sere loro, volessero soggettare il presente al dominio del passato, ed in ispecie estendere, oltre misura, la signoria del Diritto romano, a fronte del Diritto germanico e delle nuove istituzioni giuridiche, che la teoria e la pratica vi sostituivano di concordia. Alla quale accusa rispondo.

Il concetto storico della scienza legale è onninamente disconosciuto e travisato, ove altri lo pigli indigrosso come una teoria, la quale bandisca le giuridiche istituzioni degli antichi per una suprema norma, a cui debba rimanere in immutabile possesso la signoria del presente e dell'avvenire. Chè anzi la dottrina storica ha per impresa il far giusta ragione di quanto vale e può da sè stessa ciascuna età; ritenendo però che sia cosa sovra ogni altra importante, scoprire il vivo legame che annoda il presente al passato; senza di che ben possiamo conoscere l' attuale stato del Diritto, quanto ci mostra la corteccia di fuori, ma non qual è intrinsecamente nella sua essenza. E parlando in ispecialità del Jus romano, la dottrina storica non vuole, come da molti fu detto, arrogargli un indispensabile impero sopra di noi; ma si intende primieramente cercare e additare nella gran massa delle nostre istituzioni, quelle che in realtà sono di romana origine, acciocchè non ne abbiamo ad essere governati senza saperlo: poi da' trascelti elementi romani proponesi di levar via quella parte che in fatto è morta e che soltanto per erronea intelligenza conserva una vita non pure apparente ma ch' è più dannosa; acciocchè ne rimanga più largo il campo allo svolgimento ed alla salutare efficacia della parte ancor viva. La presente opera tanto è lunge

Digitized by Google

dal voler accordare una dispotica signoria al Diritto romano, che anzi ne combatte l' applicazione in non poche materie, nelle quali venne sin qui universalmente ammessa, perfino dai più caldi oppugnatori della scuola storica. Di che mal potendosi argomentare che l' autore mutasse opinioni, stante ch' egli professò cosiffatti principii in gran parte pubblicamente da trenta o quarant' anni; bisogna piuttosto concludere essere destituta di fondamento codesta accusa stata mossa contra la scuola storica in generale e contra di noi in particolare. Nelle menti spassionate tali considerazioni possono per avventura bastare a spegnere insensibilmente ogni guerra di parte e a far abbandonare i nomi che ne sono, come dire, l' insegna; tanto più che le cagioni, onde traeva la prima origine quel titolo di scuola storica, sono oggidì cessate insieme cogli errori predominanti, i quali allora faceva di mestieri combattere. Vero è che la continuazione di simigliante lotta varrebbe forse a mettere vieppiù in risalto la discrepanza delle opposte sentenze; ma questo vantaggio ben poca cosa si pare a fronte delle preoccupazioni che tolgono ogni imparziale giudizio dei lavori altrui; e a fronte del veder nelle disputazioni logorarsi quelle forze, che assai più fruttuosamente potrebbono essere adoperate nei fini comuni della scienza. Non già che in massima non ammettiamo la grande utilità delle controversie scientifiche: le quali anzi reputiamo una condizione vitale della scienza; siccome siamo altresì persuasi che in ogni tempo accaderà di notare qualche diversità nella natura delle singole forze intellettuali e nel loro indirizzo.

Digitized by Google

Ma appunto dal concorso di così opposti elementi dee sorgere la vera vita della scienza, e conviene che coloro, i quali ne sono i principali sostegni, non tralasciano mai di considerarsi compagni nell' opera intorno allo stesso grande edificio. Se all' incontro volgiamo coteste forze ad assalirci mutuamente e non declinando a veruna condizione, dagl' introdotti nomi di parte, cerchiamo di rendere il conflitto personale, ecco che gli altrui concepimenti ci riescono anzi tratto fallaci e le loro conseguenze ruinose: sparisce ai nostri occhi la vita individuale, nè più sappiamo valutare in sè stesso il lavoro dei singoli, ma senz' altro lodiamo, o avversiamo, secondo che l'autore sia seguace di questo partito o di quello. E così impediamo il nostro perfezionamento, frodandoci per noi stessi del vantaggio, che dalla tranquilla meditazione delle fatiche altrui potremmo ritrarre.

Dichiarato determinatamente il nostro proposito di non intendere colla presente opera di voler accordare al Jus romano un immoderato impero sopra di noi, dichiariamo con altrettanta fermezza da noi reputarsi oltre ogni stima rilevantissima, anzi indispensabile, pur nella odierna condizione del Diritto, la profonda conoscenza di questo Jus. La quale convinzione, ancorchè per avventura non fosse qui palesata in modo così esplicito, apparirebbe naturalmente manifesta dal grave assunto, a cui ci sobbarchiamo: cioè a dire dal fatto. Resta dunque solamente di spiegare, onde proceda e in che consista questa grande importanza del Diritto romano.

Della quale ragionando, non pochi si formarono il concetto seguente. Nei paesi, in cui il Diritto romano conserva

Digitized by Google

tuttavia forza di legge, nessun giurista coscienzioso potere dispensarsi dalle fatiche di quello studio; nei paesi, all'incontro, dove novelli Codici furono introdotti, essere cotesto bisogno cessato e quivi la condizione degli studii giuridici più avventurosa: avvegnachè il giurista possa dedicare il suo tempo e le sue forze ad oggetti più pratici. Ammessa la qua'e opinione, il Diritto romano avrebbe anche nei paesi, che ne sono governati, un'importanza almeno assai temporanea, poichè nessuna cosa saria più facile ai legislatori che l'estendervi il decantato beneficio, accettando uno od altro dei Codici stranieri, ove pur non bastassero a dettarne uno da sè medesimi. — Altri invece avvisarono, lo special pregio del Diritto romano consistere in ciò che confrontate le pratiche regole di esso con le regole proposte sulle stesse materie nelle instituzioni giuridiche dell' età di mezzo e dei tempi moderni, quelle risultino più eccellenti di queste. Come la presente opera non sia intesa ad un' apologia di tal sorta, vedranno i leggitori nel fatto. E per verità (eccettuati rarissimi casi) trattasi di quistione ben più profonda, che non saria quella, la quale potesse spacciarsi con una scelta tra opposte regole pratiche; senzachè, un' opera, che spicciolatamente venisse facendo codesto confronto, troppo ritrarrebbe da quell'istinto puerile di domandare, al racconto de' casi di guerra, quali fossero i buoni e quali i cattivi.

Per rispetto al Diritto le potenze dell' umano spirito in due differenti modi danno di sè prova; voglio dire o accogliendo e sviluppando genericamente le nozioni del Gius, cioè colla scienza, coll' insegnamento, colla trattazione *ex*

Digitized by Google

professo; ovvero applicando le concepute idee ai varii casi occorrenti nella vita reale. Questo duplice elemento, dico il teorico ed il pratico, appartiene dunque intrinsecamente alla essenza stessa del Jus. Se non che le cose procedettero negli ultimi secoli in forma che ciascuno elemento discostandosi a pari passo dall'altro, venisse infine a costituire due separate missioni e due stati diversi; dimanierachè i leggisti, salvo poche eccezioni, s'attenessero, secondo l'esclusivo o principale loro istituto, unicamente alla teoria od alla pratica. La qual cosa non essendo avvenuta per deliberato consiglio, stolto sarebbe del pari l'encomio od il biasimo. Sibbene importa considerare seriamente fino a qual segno cotesta divisione sia bene intesa e salutevole: da qual punto invece cominci a trasmodare e farsi perniciosa. Nè altro rimedio io ci veggo da quello in fuori che ciascuno si tenga continuamente fissa nell'intelletto la originaria unità delle divise parti; sicchè in una certa misura ogni teorico serbi e' sviluppi il senso della pratica; ogni pratico raccolga il lume della teoria e se ne avvantaggi. Imperocchè, se tale accordo manca, se la teoria e la pratica si sciolgono affatto l'una dall'altra, quella corre inevitabilmente il pericolo di tramutarsi in vana specolazione, questa in arte, o profession manuale.

Dicendo noi, che gli uomini dedicati alle disquisizioni teoriche debbano simultaneamente aver dimestichezza colla pratica, non pretendiamo già, ch' e' si avvolgano nelle cose forensi, ma soltanto che della pratica nutrano il senso e lo spirito; quantunque non possa negarsi che a tal fine nessun

Digitized by Google

mezzo riesca più accomodato che un qualche esercizio del foro. Certo i più assidui e zelanti cultori della giurisprudenza sperimentarono come talvolta un solo caso pratico animasse ai loro occhi questa o quella materia giuridica di una vita, che lo studio dei libri e le proprie meditazioni non avevano loro saputo svelare. Ma trovata ancorchè per accidente una via di perfezionamento, ad essa dobbiamo, come a sicura meta, drizzare i nostri passi, e su quella continuamente procedere. Sarebbe allora perfetto in teoria quegli, la cui dottrina fosse vivificata dalla piena cognizione e dalla costante contemplazione di ciò che accade nella vita reale, sicchè gli stessero schierate dinnanzi alla mente tutte le relazioni morali, religiose, politiche economiche delle nazioni. Ben s' intende, che io non vo enumerando le parti richieste a tal perfezione, per censurare coloro che tutte non le posseggono, perocchè ognuno, il quale si avvisasse d' imporle ad altrui, dovrebbe cominciar dal confessare la vanità degli sforzi da sè medesimo fatti per tutte acquistarle. Giova nondimeno aver presente quest' alta meta proposta ai congiunti sforzi delle varie potenze, sì per non deviare dal buon cammino, e sì ancora per antivenire le tentazioni dell' orgoglio, dalle quali nessuno può tenersi pienamente sicuro. — Or, comparando l' odierna condizione delle teorie giuridiche a quella di cinquanta e molto più a quella di cent' anni addietro, noi ricaviamo a un tempo materia di consolazione e di sconforto. Ed invero nessuno dubiterà essere ai nostri giorni divenute possibili e convertite in effetto molte cose, a cui prima non era neppure

Digitized by Google

da volger la mente: tutti concederanno la massa delle cognizioni entrata nel dominio della scienza essere oggidì più abbondevole, che nei tempi decorsi non fosse. Ma se riguardiamo a quel senso pratico, che tanta vita infonde nelle specolazioni scientifiche, dobbiamo confessare che il confronto ci mostra indizii piuttosto di scadimento che di progresso. Il quale difetto de' presenti studii teorici apparisce naturale conseguenza della piega, che loro fu data in questi ultimi tempi. Ai dì nostri il desiderio d'arricchire la scienza di nuovi trovati (sentimento sovr' ogni altro commendevole), degenerò non di rado in effrenata e malefica smania di novità. Perciò, pregiata infinitamente qualunque creazione di non più udite dottrine, si tennero in pochissimo conto que' lavori, che con fedéle e amorevole sollecitudine intendevano a coltivare e illustrare le antiche; come se questi medesimi studii, assematamente condotti, non dessero sempre nuova forma alle già trovate cose, e con effettivo, tuttochè impercettibile movimento, non aiutassero il progresso della scienza! E siccome la facoltà di levare l' intelletto a grandiose creazioni è privilegio da natura conceduto a pochissimi, avvenne che i più, blanditi dal comun vezzo di apparir novatori, fantasticarono sopra speciali idee e staccate opinioni, trascurando in mezzo a tanti frastagli, il possedimento dell'insieme della scienza. Nel che appunto i nostri precessori ci avanzano di lunga mano, perchè fra essi molto maggiore era il numero de' giureconsulti, che potesse degnamente rappresentare la scienza nella sua integrità. Se non che, chi consideri queste cose un po' più da alto, comprenderà di

Digitized by Google

leggeri la giurisprudenza, così atteggiandosi, non aver fatto che secondare l'andamento generale di tutti gli studii.

Noi dicevamo che ogni pratico dee di rincontro avere un elemento teorico. E qui pure intendasi, che non richiediamo simultaneamente in lui le parti dello scrittore, nè tampoco pretendiamo ch' egli abbia del continuo a meditare sui libri: le quali cose sarebbero incompossibili colla moltiplicità delle sue cure. Sibbene fa di mestieri, che lo spirito della scienza, come vivo lume, gli sia scorta nella trattazione degli affari e che mai non dimentichi la giurisprudenza sanamente intesa non essere se non il compendio di ciò, che nei singoli casi egli deve sapere ed applicare. Tuttodì noi udiamo, nelle lodi del giurista pratico, ascritta a merito la sola virtù di sbrigare gli affari facilmente e con prontezza: come se questa virtù, pur buona a qualche cosa, non potesse andar di paro con la superficialità più avventata! Che ai nostri giorni la pratica non sia dovunque governata dai buoni principii, il cumulo de' suoi risultamenti cel fa manifesto. Posto che principii siffatti la governassero noi la vedremmo dare un sicuro impulso alla sana giurisprudenza, la vedremmo sostenere le specolazioni teoriche, se salutari, e, se traviate, tornarle sul buon cammino; e soprattutto la vedremmo apprestare i materiali alla legislazione; sicchè l'autore e il ministro delle leggi, procedendo di conserva, progredissero, come vuol ragione, verso un medesimo scopo. Ma nella massima parte non vediamo per avventura tutto al contrario?

Poichè dunque il capitale difetto della odierna giurisprudenza consiste nella divisione, che va sempre più allonta-

Digitized by Google

nando la teoria dalla pratica, il rimedio non può consistere che nel ritorno delle divise parti alla loro naturale unità. Per la quale ristorazione, il Diritto romano saggiamente messo a profitto, ci offre mirabilissimo aiuto: stantechè nei giureconsulti romani quella naturale unità apparisce ancora intatta e in tutto il suo vigore operosa. Locchè non è merito di loro, siccome appunto la presente condizione del Diritto non è colpa de' singoli giuristi, ma conseguenza del movimento universale che gli ha trascinati Facendosi però a considerar seriamente, e senza prevenzione, le loro vie cotanto dalle nostre diverse, anche noi potremo impararle e così rimetterci da per noi sul diritto sentiero.

Se non che in più modi potendo farsi lo studio del Diritto romano, uopo è determinare chiaramente quale maniera d' instituzione si chiegga al conseguimento del proposto fine. E qui tutti presentono già reputarsi da noi necessaria una profonda instituzione scientifica. Ma poichè taluno, male intendendoci, potrebbe forse rimanere sopraffatto dal pensiero, che lo studioso del Jus romano dovesse avvilupparsi nelle indagini dell' antichità e nel fissare con critica accuratezza il testo de' fonti; giova avvertire che, sebbene questa parte dello studio sia importante quant' ogni altra, nullameno neppur qui non è da mettere in dimenticanza il salutevole principio della divisione del lavoro. Per la qual cosa la maggiorità potrà senza più starsi paga ai risultamenti delle speciali disquisizioni che i dotti avranno intrapreso. Cadrebbe però di rincontro in gravissimo errore chi si avvisasse poter essere in alcun modo fruttuosa pel divisato fine un'a-

Digitized by Google

rida cognizione de' sommi principii del Diritto romano, una instituzione sul far di quella che ci danno i libri elementari, o che si usa nelle scuole francesi. I quali principii bastano forse a lasciar de' testi del Diritto romano qualche rimembranza non disutile per una migliore istituzione avvenire; ma chi a que' principii limita il proprio studio, non cava il prezzo della pur menoma fatica adoperata in acquistarli. Per raggiugnere la segnata meta mercè la cognizione del Diritto romano, una via sola ci è aperta, quella di leggere e meditare direttamente le scritture degli antichi giureconsulti. Ed allora altresì non ci spaventerà più la prodigiosa mole delle opere infinite dei moderni scrittori; perocchè, sodamente instituiti, sapremo dalla gran massa solo quel poco trascegliere, che veramente può coadiuvare al nostro libero studio: il resto lasceremo per coloro, che professano teoria, i quali certamente non potranno dispensarsi dal prendere cognizione di tutto.

La presente opera è fatta appunto ad agevolare cotesta maniera d'instituzione; intendendo essa soprattutto a rimuovere quelle difficoltà, per le quali i leggisti pratici mostransi schivi dell'accingersi a uno studio diretto sui fonti. E siccome per l'aspetto di quelle difficoltà avviene che le opinioni sparse ne' Manuali, che più sono in voga, piglino un incompetente impero nella pratica; così, se il nostro intendimento non cade voto d'effetto, la pratica potrà emanciparsi dalla men pura teoria.

Ma, comechè queste idee si applichino più particolarmente a quei paesi, ne' quali il Diritto romano è ancora

Digitized by Google

base della pratica giurisprudenza, mal crederebbesi che non valgano eziandio colà, dove nuovi codici sottentrarono al Diritto romano. Imperciocchè i difetti della giurisprudenza sono sostanzialmente dappertutto i medesimi: la necessità e la qualità de' rimedii meno varia che altri non pensa. Anche in que' paesi pertanto, che retti sono da Codici nazionali, l'indicato studio del Diritto romano rianimerà di novella vita la teoria, premunendola a un tempo dalle fantastiche e arbitrarie divagazioni; e, ciò che più importa, la rannoderà di bel nuovo alla pratica. Quivi certamente la riforma sarà più difficile che nei paesi governati dal Jus comune, ma non impossibile; e ne siano esempio i moderni giureconsulti di Francia, i quali tu vedi assai spesso amplamente illustrare e integrare il loro Codice coll' aiuto del Diritto romano. Nel che ei procedono secondo il vero spirito della loro legislazione; e, se talvolta avviene che cadano in errore, il fallo parte piuttosto da imperfetta cognizione, che da non conveniente uso di quel Diritto. Ora nella cognizione del Jus romano noi tedeschi avanziamo fuor di contrasto i Francesi, ma quanto al modo di adoperarlo a profitto delle patrie leggi, e' ci bisogna assolutamente pigliar norma da loro. Certo in Prussia l'assunto, non può non riuscire più arduo che in Francia, attesochè quello stretto legame, che pur effettivamente congiunge le prussiane leggi all' antico Diritto, è non di rado nascosto sì dalla singolare forma della esposizione che dalla ridondante prolissità delle disposizioni. Ma se l'assunto riesce per noi più arduo, non è, ripetiamo, impossibile, e noi, adempiendolo, avremo al-

Digitized by Google

tresì posto rimedio ad un gravissimo danno proceduto dalla introduzione delle nuove leggi. Il qual danno consiste nell'esserci noi totalmente staccati dalla coltura scientifica del Diritto comune: onde alla nostra pratica fu sin qui tolto uno de' più potenti mezzi di perfezionamento; vogliamo dire la viva comunicazione delle idee legali degli altri tempi e degli altri popoli. Non è a dimenticare che al tempo della compilazione del Codice prussiano le dottrine del Jus, sendo in Germania divenute nella massima parte vacue od inette, picciol frutto poteva oggimai ritrarne la pratica: e appunto la considerazione di questo miserevole stato della scienza, indusse nelle menti il consiglio di formare un Codice patrio e così mutare di pianta i fondamenti della pratica giurisprudenza. Ma se a noi ora venisse fatto di rannodare lo sciolto legame, raccostandoci partitamente alle dottrine del Diritto comune, indicibile vantaggio, per la migliorata condizione degli studii legali, ne deriverebbe alla pratica, e certamente non sarieno più a temere quei mali, che tanto danno fecero nel tempo decorso.

Pare a taluni che, proponendo noi l' uso del Diritto romano come unica via di perfezionare l'odierna giurisprudenza, venga per noi abbassata la nostra età e la nostra nazione. Imperocchè, a loro senso, quando pure l' evento rispondesse pienamente al consiglio, non altro otterremmo che una languida copia, una imperfetta ristorazione dello stato a cui pervenne il Jus presso i Romani; del quale assunto ben più nobile sia quello di levar francamente l' intelletto a nuove e originali creazioni. Ma questo sentimento della propria forza, in

Digitized by Google

sè commendevole, muove dal non essere considerata la cosa sotto il suo vero aspetto. Le tante e tanto varie consuetudini del viver civile, che il volgere dei secoli addusse a noi, resero il nostro assunto senza paragone più difficile di quello de' Romani: la nostra meta infinitamente della loro più alta. E però, se a noi riuscisse di aggiugner cotesta meta, non avremmo già riprodotta, per semplice imitazione la eccellenza, degli antichi giureconsulti, ma l'opera nostra sorpasserebbe a gran pezza l'esempio. Quando avremo imparato a trattare le nuove materie soggette al Diritto con quella franchezza e sicurtà che ammiriam nei Romani, allora potremo cessare dal tenerli a modello, e con riconoscenza ne affideremo i gloriosi nomi alla storia. Ma finchè giunga quel tempo, non vogliamo per male inteso orgoglio, o per dannevole pigrizia, frodarci d' un mezzo di perfezionamento, cui colle nostre sole forze vanamente cercheremmo di sopperire. Diciamo dunque, che la nostra età si ricongiunge al passato, non diversamente da quanto accade in altre sfere dello spirito umano. Nè altri intenda per queste parole che sia nostro proposito esaltare lo studio del Diritto romano a pregiudizio dei zelanti sforzi della scuola germanica, i quali appunto in questi tempi danno luogo a sì liete speranze. Sogliono comunemente i partigiani d' una data qualità di studii far manifesto lo zelo che ne gl' infiamma, col mettere in basso studii diversi, benchè non al tutto dissimili; ma siffatto costume è un errore che indubbiamente torna a danno di colui solo che il coltiva e lo pratica, non dell' avversario, a cui sono volte le offese.

Digitized by Google

Dall' idea, che superiormente ne porgemmo, ognuno già comprende il lavoro nostro avere precipuamente l'impronta di opera critica. Locchè dispiacerà forse a parecchi, i quali amano trovare dappertutto verità positive, di spedita e facile applicazione: non curanti del modo, onde furono scoperte, nè dei dubbii che contra vi possono ostare. Ma troppo lieve e piano sarebbe il cammino della scienza, se d'altro non si trattasse che di ricevere tranquillamente il lume di semplici e chiare verità, e di progredire continuamente senza pena all'acquisto di cognizioni novelle. Quel cammino invece è ad ogni passo impedito ed ingombro da un cumulo di false, o non ben vere idee ed opinioni, frammezzo alle quali ci è forza aprirci un sentiero. Ed ora vorremo noi contendere col destino, che ne impose questa ingrata fatica? Sebbene, non è a dire che sia senza frutto, e grandissimo, codesta indeclinabile necessità, a cui per la naturale costituzione delle nostre facoltà comprensive, dovremmo a ogni modo piegarci. Imperocchè l'intelletto generalmente si educa in quell'esercizio ed ogni verità, ch' esca per noi trionfante dal conflitto sostenuto coll'errore, diviene quasi nostra proprietà e s' imprime dentro di noi con una forza che non avrebbe, ricevuta passivamente e senza fatica da altrui.

La impronta critica dell'opera nostra si farà specialmente manifesta nelle conclusioni negative a cui riesciranno non di rado le nostre indagini: o dimostrando come alcune parti del Jus romano non abbiano più vita e quindi sieno straniere al presente ordine delle cose legali; ovvero spiegando come dai moderni giuristi sienvi state per erronea

Digitized by Google

intelligenza introdotte molte idee e dottrine destitute affatto di fondamento. Le quali indagini sono appunto quelle onde molti amerebbero di essere meno infastiditi e trattenuti. Ma se alcuno rimuove le pietre che ingombrano la via e con opportune tracce insegna a cansarne le obbliquità, ei pur vantaggia efficacemente la condizione di coloro, che dopo di lui dovranno mettervi il piede; sebbene avvezzati alla facilità del cammino, fossero in breve per dimenticare quante fatiche un tempo altri sostenesse ad appianarlo.

Ma questa impronta critica, oltrechè nei negativi risultamenti delle nostre indagini, si manifesta altresì nelle discussioni, in cui dobbiamo addentrarci ogni volta che, per la dimostrazione d' una verità positivamente proposta, non basti il nudo confronto del vero col falso. Sonvi molti casi nei quali più importa di determinare più da vicino il grado della nostra convinzione. Quando cioè noi combattiamo le altrui opinioni non sempre il facciamo nella stessa maniera. Spesso infatti il nostro convincimento sale al grado di piena certezza, perchè vediamo la sentenza avversaria procedere da errore di ragionamento, da ignoranza di fatto, o da totale fallacia di metodo; ed allora la giudichiamo assolutamente rifiutata dalla scienza. Il quale giudicio non può non contenerne implicitamente una disapprovazione assoluta; a differenza di altri casi, nei quali dopo severa disamina di tutti gli argomenti che stanno pro e contra, abbracciamo bensì come migliore una determinata opinione, ma non pretendiamo di profferire una così risoluta condanna dell' opinione opposta. Chè allora dobbiamo starci contenti al pro-

Digitized by Google

babile: del quale più potendo essere i gradi, ei ne conviene determinare esattamente e con imparzialità riconoscere il valore di ciascuno; nel che consiste il pregio morale e scientifico della nostra fatica (1). In altri casi di opinioni controverse importa mostrare dichiaratamente quali sieno i veri confini della controversia e come e quanto la discrepanza delle opinioni rilevi alla scienza; conciossiachè l'ardore della contesa e il conseguente irritamento dell'orgoglio rappresenta di leggeri la quistione più importante che in fatto non è, traendo nel medesimo errore anche gli altri. Finalmente nel combattere le altrui opinioni, merita speciale riguardo una loro qualità che contraddistingueremo col nome di verità relativa. Sovente infatti, pur rigettando una sentenza, come indubbiamente fallace, noi vi troviamo un elemento di verità, degenerato in errore, solo perchè ne venne stravolto l'uso o tropp'oltre estesa l'applicazione, locchè vuol dirsi in ispecie di que' casi, ne' quali l'errore consiste solamente nell'essere il concreto considerato troppo generalmente, o

(1) « Notizie sulla vita di B. G. Niebuhr ». (Lebensnachrichten über B. G. Niebuhr) Vol. II, p. 208. « Nelle scienze e' si conviene, sopra ogni cosa, fare scrupoloso studio di veracità, sì che venga rimossa ogni fallace apparenza, nè lo scrittore spacci come certa una proposizione, per accessoria che sia, senza sentirsene pienamente convinto, e, dove ragiona per conghietture, metta innanzi tutti gli argomenti che valgano a far manifesto il grado della sua persuasione ». La pregevolissima lettera, ond'è tratto il qui riferito passo, ha più osservazioni, le quali s'attagliano non solamente alla filologia (che ne forma il particolare soggetto) ma a qualunque altra parte dello scibile umano.

Digitized by Google

il generale sotto faccia troppo particolare. Ora lo sceverare e il riconoscere, di mezzo all' errore, questo elemento di verità, contribuisce possentemente al profitto della scienza e vale soprattutto a riconciliare con noi gli avversarii spassionati e amatori del vero. Oltredichè, ridotta per tal modo la controversia ai minimi termini, e stabilito il principio in cui le discordanti opinioni convengono, n' esce sicura più che mai e soddisfacente la soluzione.

All' asseguimento di cotesti fini l' ordine più opportuno a tenere è il sistematico, il quale, non venendo da tutti compreso a una medesima guisa, giova fin dalle prime determinarne precisamente l' idea. Io dunque intendo che il metodo sistematico consista nel trovare e dimostrare l' intima connessione od affinità, che raccoglie le singole idee e regole giuridiche in una grande unità. Or siccome i legami di questa unione rimangono sovente nascosi, lo scuoprirli arricchirà le nostre cognizioni; siccome inoltre sono molteplici, quanti più ne sapremo trovare e seguire, tanto più il nostro discernimento salirà a perfezione; finalmente siccome fallaci sembianze di affinità mostrano talvolta collegate insieme idee realmente disparatissime, sarà allora nostro assunto di sgomberare cotali apparenze.

Anche l'ordine esteriore di un' opera sistematica ritrae naturalmente da quell' intima connessione di cui dee render l' imagine; anzi ad esso unicamente suole non di rado essere volto il pensiero, quando di sistematica trattazione cade parola. Ma qui dobbiamo guardarci dal prendere abbaglio. Imperocchè, sebbene, considerate nel rigoglioso movimento

Digitized by Google

dell' attualità, le relazioni giuridiche sommate formino un tutto organico, noi però siamo costretti di sceverarne le singole parti, per poterle successivamente raccogliere nella nostra mente e comunicare ad altrui.

L' ordine dunque, nel quale le disponiamo, non può non atteggiarsi á quella affinità che noi riconosciamo preponderante ad ogni altra; salvo di mostrare separatamente il legame che nell' attualità congiunge insieme tutte le parti. In ciò bisogna usare indulgenza collo scrittore, se talvolta ei si dilunga a mettere in risalto quel particolare aspetto, sotto cui forse gli avviene di trattare più utilmente la materia che ha per le mani.

In un lavoro sistematico molti vorrebbono che non si riscontrasse mai proposizione, la quale non traesse radice dalle antecedenti, e che le cose dette da prima non precorressero comecchessia quelle che debbono venire dappoi. A costoro la presente opera cagionerà gravissimo scandalo; perocchè in un lavoro qual si è quello che abbiamo assunto, noi, non che osservare quest' ordine col prescritto rigore, non possiamo neppur dalla lunge seguirlo. Intorno a che è d' avvertire che siffatta regola parte dalla ipotesi, che il lettore sia al tutto nuovo della materia e debba riceverne le prime idee dal libro che gli vien posto innanzi; regola in questa supposizione giustissima, e però sopra ogni altra da commendarsi nell' ordinamento d' un libro elementare. Ma a chi cadrà mai in pensiero di voler apprendere i primi elementi della giurisprudenza in un' opera sul far della nostra? Certo non s' avviseranno di profittarne se

Digitized by Google

non coloro, i quali, già instituiti nelle scuole e addottrinati dalla lettura di altri libri, amano di chiarire le acquistate nozioni, rettificarle, assodarle, ampliarle. E da essi noi possiamo pretendere che vengano a ciascun passo riandando ciò che già sanno, ancorchè quelle medesime idee si trovassero appresso esposte nell' opera nostra con trattazione speciale. Diversamente noi saremmo costretti o di rinunciare alla dimostrazione delle più importanti ed utili affinità, che collegano insieme le varie materie giuridiche, od almeno di trasportarla altrove con minore evidenza ed efficacia. Sicchè, quando pure dall'ordine per noi prescelto non altro vantaggio derivasse che quello della evidenza, ne saremmo già bastantemente giustificati. A coloro poi, i quali non pertanto seguitassero a censurarlo, osserveremo che nelle *Monografie* ei pur concedono libero passaggio ad una infinità di premesse che certo ivi non hanno il lor fondamento. E perchè dunque non vorrebbero accordare all'autore di un vasto sistema ciò che, senza contrasto, concedono all'autore di una semplice Monografia?

Tratto dal discorso a far cenno delle Monografie, le quali oggidì sì potentemente coadiuvarono al progresso della nostra scienza, non so ristarmi dall'avvertire a un equivoco che taluni pigliano, quando avvien loro di considerare questa specie di lavori in relazione ad un intero sistema di giurisprudenza. V' ha infatti chi riguarda le Monografie come altrettanti brani di una grand' opera, solo accidentalmente elaborati e composti in forma di dissertazioni speciali; secondo il quale avviso, dove potesse adunarsi insieme un convene-

Digitized by Google

vole numero di buone Monografie, ne sorgerebbe senz'altro un sistema di giurisprudenza bello e compiuto. Se non che nelle Monografie l'Autore sceglie a suo talento il punto da cui partire nell'avviarsi alla trattazione di una speciale materia: laddove invece, coordinata quella materia stessa ad un intero sistema di giurisprudenza, diversa n'è la scelta, e diversa non meno la forma della esposizione. Questa osservazione valga fin da ora a spiegare per qual motivo nella presente opera la dottrina del possesso sia trattata a un modo totalmente diverso da quello che abbiamo tenuto prima, allorchè la esponemmo separatamente in apposito libro.

Ciò non pertanto si troveranno sparse qua e colà alcune disquisizioni sotto il nome di Appendici, le quali reputammo necessario inserire per più ragioni. Talvolta infatti una sola quistione richiedeva lunghe digressioni, che, innestate nel corpo dell'opera, ne avrebbono sconcertato la simmetria e fatto quindi perdere al lettore il filo che ne congiunge insieme le varie parti. Talvolta un medesimo concetto legale ricorreva in più luoghi disparati, per modo che non si avrebbe potuto trattarlo compiutamente, senza dedicarvi un'apposita dissertazione; come accadde verbigrazia nella dottrina dell'errore: alla quale perciò consacrammo un'amplissima Appendice, l'ottava. Finalmente, benchè non entrino nell'idea di quest'opera gli studii dell'antico, hanno essi talvolta un sì stretto legame colle instituzioni del Diritto nuovissimo, che mal queste avrebbono potuto essere recate ad evidenza, senza un'illustrazione di quelli; e però a tali studii fu fatto luogo, secondo l'occorrenza, in qualche Appendice. — Impos-

Digitized by Google

sibil cosa è separare con sicura linea le materie appartenenti al corpo dell' opera, da quelle riserbate per le dissertazioni speciali, e forse taluno sarà per desiderare che le Appendici contenessero dove più, dove meno, di ciò che vi abbiamo raccolto. Ma non rilevando gran fatto la differenza del più o del meno, può senza pericolo lasciarsi ad ognuno piena libertà di seguire la sua personale opinione.

Per lo addietro gli spositori di materie giuridiche solevano tenere un metodo sempre uniforme, il quale consisteva precipuamente nel far seguire alla definizione un compiuto prospetto di tutte le possibili divisioni della idea definita. Parecchi fra' moderni scrittori all' incontro, rigettando cotesto metodo, siccome disadatto e non proficuo, si restrinsero a notare divisioni là solamente, dove accadesse di stabilire appositi canoni giuridici. Quanto è a noi, per massima, non ci dichiariamo partigiani nè dell' uno nè dell' altro metodo; parendoci in tali cose doversi rifiutare ogni legge che vincoli lo scrittore a una certa uniformità meccanica, sia nel fare, sia nel non fare. Sendo buona ed acconcia qualunque forma, se giova a mettere in luce ed a sviluppare amplamente la materia che altri ha per le mani, pensiamo che convenga senza più scegliere in ciascun caso quell'ordine che meglio alla particolare sua natura consuona. E però, qualora il concetto d' una materia giuridica racchiuda contrapposte idee appartenenti intrinsecamente all'essenza della medesima, sarà necessario, per la chiara e compiuta trattazione di quel concetto, aggiugnere alla generale definizione le peculiari divisioni, che contrassegnano distintamente le idee contrapposte.

Digitized by Google

La lingua da noi usata nella presente opera sarà con ispecial cura attinta agli originarii fonti; del quale intendimento ci è mestieri render ragione, perchè taluni si danno a credere che negli ultimi tempi a ciò si attribuisse un peso soverchio. Ma facilmente si comprende quanta sia l'importanza dello scrivere puro, chi consideri aver le parole una così intima attinenza con le idee, che, se improprio è l'uso di quelle, non può fare che non riesca erronea la formazione e la rappresentazione di queste. La improprietà de' vocaboli, conseguenza ed argomento di falsi concetti, ne diviene in breve ella medesima causa, a motivo che per essa le torte idee pigliano piede e vanno sempre più propagandosi e germogliando. Fatti però scorti dei danni procedenti da una men pretta nomenclatura, non saremo schivi dell' adoperare le voci scientifiche di recente invenzione, qualvolta la lingua dei fonti ci appaia scarsa al bisogno: sendo che l' amore di purità trascorre in certuni per avventura tropp' oltre. Sibbene in ogni caso sono da evitare que' termini improprii, i quali già conosciamo pericolosi, per l' erroneo concetto che suole esservi annesso.

Comechè un apposito capitolo (dal § 32 al 52) ragioni largamente sul modo, onde in questa nostra opera siamo per valerci de' fonti, non cadrà tuttavolta fuor di luogo il darne pur qui alcuna spiegazione in via generale. Sogliono i giuristi venir motteggiati per le citazioni, che profusamente spargono ne' loro scritti, quasi volessero provare per autorità anche ciò, che ognuno già ammette di primo tratto. E certamente se riguardiamo quelle allegazioni come un'antecipata difesa contra dubbii ed opposizioni, che nessuno mai si avviserebbe

Digitized by Google

di muovere, l' apposta taccia non manca di fondamento. Ma la cosa vuol essere considerata per così dire a rovescio. Diffatti, se è vero, come superiormente osservammo, che un bene inteso studio degli antichi giureconsulti, vivificando ed arricchendo il nostro discernimento legale, può darci frutti, quali nessun'altra maniera d' instituzione ci lascerebbe sperare, ma che pur vi si attraversano non poche difficoltà ad esso connaturali: come non dovremmo accogliere con lieto viso un metodo, il quale serve ad avviarci in quello studio, e ne aiuta queste difficoltà a superare? La presente opera è fatta appunto per servire di guida nella meditazione degli antichi giureconsulti. Al quale scopo chi riguardi, non che i passi dei fonti gli sembrino citati in prova delle proposizioni contenute nell' opera, queste proposizioni piuttosto gli appariranno dettate ad introduzione e commento di quei passi: perocchè i fonti trascelti, disposti e combinati in ordine alle cose ragionate nel sistema, più si avvicineranno alla nostra intelligenza, e quindi men grave sarà a noi l' accostarvici. — Non di rado avviene di osservare che due autori, facendo con eguale accuratezza le medesime indagini sopra una stessa materia, riescano a conclusioni maravigliosamente diverse. Questa diversità procede per lo più dallo stabilire come centro della disquisizione ciò che forse doveva collegarvisi come subordinata appendice, bastando ogni scambio di tale natura, perchè pigli mala piega l' intiero lavoro.

A cansare siffatti pericoli, vanamente cercheremmo una sicura scorta in regole certe. Utili additamenti può darci piuttosto lo studio de' buoni esemplari, e soprattutto il con-

Digitized by Google

tinuo esercizio, il quale ci farà naturalmente esperti a trovare per noi medesimi il diritto cammino.

Di rincontro non pochi resteranno delusi nella loro aspettazione, vedendo in quest'opera una suppellettile di erudizione assai meno ricca di quello che forse avrebbero amato di ritrovarvi. Noi ci restringemmo con deliberato consiglio a citare que' soli scrittori, che in alcun modo possono riuscire utili al disegno superiormente tracciato del nostro lavoro, compresi pur quelli che additano altri autori, a cui ricorrere per più estese nozioni. Del resto non ci allettò mai il pensiero di dare una indicazione materialmente compiuta di tutti i libri che versano sopra ciascun argomento, senza riguardo alla loro utilità od importanza. E poco invero ci saprebbe grado il lettore, che gli facessimo sprecare il tempo nell' acquisto di una erudizione per lui vuota di frutto. Se in più fresca età ci fossimo applicati a questa fatica, ben avremmo voluto passare in rivista tutta la letteratura giuridica; ma con intendimento assai da quello diverso. I libri usciti in fatto di giurisprudenza si dividono in due grandi serie, delle quali arduo è il pigliare possesso, comechè se ne possa trarre ancora non lieve profitto: l' una composta delle opere esegetiche, che comincia dai glossatori e va via progredendo specialmente nella scuola francese; l' altra formata dei lavori pratici, che comprende infinite raccolte di consultazioni, di responsi ed altri simili scritti, la quale parimenti comincia dai glossatori. Ora l'uso, che sarebbe a farsi di questa immensa congerie, nella compilazione d' un' opera sistematica di giurisprudenza, quale noi la divisammo, consisterebbe nel per-

Digitized by Google

correre tutti gli autori col fine di volgerne la lettura a prò dell' opera stessa, cioè perchè servisse a chiarirla, rettificarla, integrarla; il quale uso indubbiamente riuscirebbe utilissimo per le singole parti, comechè non del pari fruttuoso per l' intiero sistema. Avendo noi posto mano alla presente opera in sul declinar della vita: sarebbe stoltezza in noi applicare l' animo a tale pensiero. Ma se alcuno fosse mai per attribuire un duraturo pregio a queste nostre fatiche, ei se ne renderebbe assai benemerito, imprendendo a ridurre quel pensiero in effetto. Nè la vastità dell' assunto si oppone; potendo esso venir adempiuto partitamente ed a brani, sol che sieno letti col prefato intendimento gli scrittori d' una data epoca; ed anche basterebbe la lettura di staccate opere. — Altri forse ci accagionerà eziandio di non avere premesso un generale prospetto di quegli autori dei quali ciascuno potesse fare un utile e pregevole uso per lo studio del nostro sistema di diritto. Ma a questo bisogno, che non disconosco, parmi che sia più convenevole provvedere con separate opere bibliografiche. Così parimenti un ragguaglio storico de' varii testi, dei manuscritti che se ne trovarono, e delle edizioni che se ne fecero, converrebbe piuttosto ad un'opera dedicata alla storia del Jus, che non all' introduzione di un sistema di giurisprudenza: dove siffatte cose, uscendo dal proposito, mal potrebbero essere esposte in forma soddisfacente.

La materia della presente opera fu già successivamente raccolta ed apprestata nelle lezioni, che l'autore fin dai primordi di questo secolo dettava sopra il Diritto romano; ma nella forma, ond' è qui vestita, costituisce un lavoro del tutto

Digitized by Google

nuovo, al quale quelle lezioni non poteano servire che di apparecchio. Ed invero colui, che parla a uditori indotti e stranieri ancora alla scienza, dee cominciare dallo instruirli nei principii, cercando di associare le comunicate idee alle altre loro cognizioni ed alla generale loro educazione mentale. Lo scrittore di rincontro, lavorando per uomini già instituiti, presuppone che conoscano appieno la scienza nell' attuale sua forma e gl'invita a meditar seco lui sopra le loro dottrine per purgarle, assodarle ed estenderle. Ma, non ostante il diverso obbietto di queste due forme di comunicazione, può tuttavia ammettersi anzi essere pregevole, il passaggio dall' una all'altra. Avviene infatti talvolta che anche lo scrittore, trattando alcuna materia, sia insensibilmente ricondotto col suo lettore alle idee primitive e quasi nuove gliele presenti. Questo metodo giova non di rado assaissimo per chiarire le definizioni, o i principii, che altri arbitrariamente avesse proposto. E l'autore vi s' indurrà ancor più facilmente, se la materia, sopra la quale versa come scrittore, fu già da lui svolta sovente nelle lezioni che dettò dalla cattedra. — Il disegno dell' opera, qual è al presente, veniva da noi sbozzato nella primavera del 1835; nell' autunno cominciavamo il lavoro, ed al principiar della stampa già forniti erano i quattro capitoli del primo libro, e i primi tre del secondo.

Pubblicando ora quest'opera non possiamo a meno di volgere un pensiero ai destini che le son riserbati. Lieta e trista accoglienza ella troverà come ogni altra umana fatica. Ma se molti diranno quanto sia manchevole, nessuno certamente ci avanzerà in vederne e sentirne la imperfe-

Digitized by Google

zione. Fin da ora, nella non picciola parte che ce ne sta innanzi, molte cose vorremmo aver trattato più compiutamente e con maggiore perspicuità che non ci avvenne di fare. Ma questo riconoscimento della nostra insufficienza dovrebbe forse intiepidirci quel coraggio tanto necessario a chi si gitta in una vasta intrapresa? Ad ogni modo ci possiamo rassicurare, pensando che la verità viene promossa non solamente da chi la discopre e bandisce, ma sì ancora da quelli, i quali ne additano e schiudono ad altrui il sentiero, col porre precisamente le quistioni che importa definire e i temi che bisogna provare per arrivarvi. E noi pure consola e assicura la fidanza di avere sparso in quest'opera feraci semi di verità, i quali forse, coltivati da altrui, possano pullular rigogliosi e dare maturo raccolto. Nè vale se nell'abbondanza di questi frutti, fossero per essere trascurate, od anco uscissero affatto dalla mente degli uomini, le presenti fatiche che ne educavano il germe. L'opera del singolo è peritura come il suo facitore; ma resta il pensiero: il pensiero che propagato nelle succedenti generazioni, accomuna tutti noi, che con amore e con zelo trattiamo gli studii in una grande società, che dura perpetua e dove ogni pur menomo contributo di ciascheduno ha stabile vita.

Così scrivevamo nel settembre del 1839. (1).

(1) Perchè n'abbia il debito onore chi merita, avvertiamo, essere questa elegante e maestrevole traduzione dell'introduzione, opera del distinto avv. Leone Fortis, che la lesse, anni fa, all'Ateneo di Venezia, allorchè comunicò a quel consesso alcune notizie su Savigny, e sugli esimii suoi scritti.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRO PRIMO.

FONTI DEL DIRITTO ROMANO ATTUALE

CAPITOLO I.

ASSUNTO DI QUEST' OPERA.

§ 1.

Diritto romano attuale.

La parte di giurisprudenza, che in quest' opera mi faccio ad esporre, fu da me intitolata il *Diritto romano attuale.* Ma siccome mal ne darebbe idea il semplice titolo, conviene che innanzi tutto io determini più precisamente quale ne sia l' oggetto speciale.

1.° Quest' opera tratta del Diritto *romano* e perciò appartengono al suo assunto soltanto quelle materie di diritto, che hanno origine romana; queste però noi seguiremo anche nello svolgimento, ch' ebbero in tempi posteriori, sebbene possa avere derivazione differente dalla romana. Saranno invece escluse quelle materie, alle quali è forza attribuire una origine germanica.

2.° Del Diritto romano poi espongo *l' attualità*, e quindi sono fuori del nostro assunto: primo, la storia del diritto propriamente detta; secondo, ogni disposizione parziale, appartenente all' antico diritto e non accolta dalla legislazione di Giustiniano, giacchè soltanto tale nuovo ordi-

Digitized by Google

namento del Diritto romano ha relazione col nostro; terzo ogni materia, che appartenga bensì al Diritto giustinianeo, ma non tocchi minimamente l'odierno diritto.

3.° Noi ci occupiamo soltanto del diritto *privato*, e non del diritto pubblico; di quello adunque che i Romani chiamavano *Jus civile* (in uno dei molti significati, che aveva tale espressione), o quello che al tempo della repubblica essi risguardavano come studio esclusivo di un *giureconsulto*, ossia come la vera *giurisprudenza* (*a*). Questa limitazione consegue già in parte dalle precedenti, perchè soltanto il diritto privato dei Romani entrò a formar parte del diritto moderno. Vero è che anche il diritto criminale romano non rimase estraneo al nostro; ma noi ne ereditammo ben poca parte, la quale ancora più tenue apparisce, se vogliamo confrontarla col diritto privato.

4.° È finalmente oggetto di questo libro soltanto il sistema dei diritti considerati in sè stessi, escluso il processo e le forme stabilite per attuarli: cioè quanto molti dicono diritto privato materiale. Imperocchè la procedura, per l'intervento

(*a*) Così Cicerone dichiara assolutamente di non essere un giureconsulto, essendo però ben lontano dal credere ch'egli o qualunque altro uomo di Stato dovesse conoscere meno d'un giureconsulto, la costituzione, il *jus sacrum* ecc. È vero che Ulpiano dà alla giurisprudenza un estensione molto maggiore (L. 10, § 2. D. de J. et J.), ma ciò non tanto dipende da inesattezza di definizione, o da uno apprezzamento esagerato della sua scienza, quanto veramente dal cangiamento, fattosi a suoi tempi, nella condizione del giureconsulto e dell'uomo di Stato.

Digitized by Google

di fonti istoricamente diversi, prese un andatura di tal modo sua propria che divenne necessità farne soggetto di separata trattazione; mentre invece i giureconsulti romani non solo reputavano possibile il congiugnerla immediatamente colla teorica del diritto materiale, ma tenevano di più per fermo essere ciò opportuno. In questo riguardo i limiti del nostro assunto sono certi in massima, ma spesso disconosciuti nella pratica, principalmente perchè la medesima materia può in sostanza appartenere alla procedura insieme e al diritto. E così, a citarne un caso, la sentenza del giudice, nella sua forma e nelle sue condizioni, appartiene alla procedura; tostochè però sia passata in giudicato ha due effetti: l'*azione* e l'*eccezione*, derivanti dalla *cosa giudicata*, le quali entrano nel sistema del diritto e l'*esecuzione*, che è unicamente oggetto di procedura.

Considerate sotto un aspetto di vista complessivo, queste limitazioni, si vedrà che per esse si viene a significare come diritto precisamente quello, che divenne diritto comune per una grande parte d'Europa.

§ 2.

Diritto comune in Germania.

Alla definizione che abbiamo data nel § 1 del Diritto romano attuale è molto affine quella del *Diritto comune* tedesco. Ha questo intima relazione coll'ordinamento par-

Digitized by Google

ticolare dell' Impero germanico, i cui diversi Stati erano congiunti sotto la comune supremazia dell' Impero. Ond' è che ogni parte della Germania era sottomessa ad un duplice potere politico, mercè cui venne da per tutto a formarsi un doppio Diritto positivo, il territoriale ed il *comune*. Scioltosi l' Impero germanico, varii scrittori furono d' avviso che, cadutane la base, la supremazia imperiale, si fosse pure spento il diritto comune. Però quest' opinione, sorta da un men giusto concetto della natura del diritto positivo, non valse a produrre alcun effetto pratico sul nostro diritto (*a*).

Ora questo diritto comune, non è altra cosa se non quel Diritto romano attuale, di cui imprendiamo a parlare, applicato unicamente all' Impero germanico, e quindi colle speciali modificazioni da tale applicazione indotte. Le quali però, quasi tutte raccolte nelle leggi dell' Impero, sono di tenue rilievo; giacchè, tutte le deviazioni importanti dal Diritto romano propriamente detto, come, a mo' d' esempio, l' azione in giudizio, attribuita a tutti i contratti anche senza stipulazione, la maggiore efficacia data alla *buona fede*, non

(*a*) Partivasi dall' errato avviso che cessando un potere politico, dovesse pur cessare tutto quanto era sorto da esso e per esso. Noi troviamo un caso del tutto simile nella distruzione dell' Impero romano d' occidente. Anche qui molti sostengono, essere stato il Diritto romano costretto dalla conquista a sparire, ed essere anche sparito nel fatto. È difficile che questa opinione, almeno per ciò che risguarda il fatto, trovi più ancora alcuno che la propugni.

Digitized by Google

furono mai proprie esclusivamente dell' Impero germanico, ma vennero del pari accettate, dovunque in Europa si propagò il romano Diritto.

Quindi ne viene, che l' esposizione del Diritto romano attuale, la quale forma appunto soggetto di quest' opera, non ha uopo se non di poche aggiunte per contenere in pari tempo l' esposizione del Diritto comune tedesco.

§ 3.

Limiti dell' assunto di quest' Opera.

I limiti prescritti al nostro assunto c' impongono di astenerci dal trattare qualunque materia da questa diversa. Nel che ci conviene evitare due opposti difetti. Consiste l' uno nel varcare ad arbitrio i confini che ci siamo prefissi, mossi da predilezione sia per una data materia affine sia per una speciale questione, che vi si attenga; sta l' altro nel volersi mantenere con eccessivo studio entro que' limiti, quando pure l' oltrepassarli sarebbe indispensabile a voler trattare a fondo l' argomento, od esporlo colla debita chiarezza (*a*). Quest' ultimo riguardo fa sì ch' io domandi a' lettori una certa tolleranza, mentre in tale proposito la vera misura da osservarsi è indicata dall' intimo senso, anzichè

(*a*) Così p. e., di alcuni oggetti di diritto sarà necessario esporre eziandio parti antiquate, perchè converrà avervi riguardo pel nesso che hanno coi fonti di diritto, da cui derivano.

Digitized by Google

da regole fisse, nè può vietarsi all' autore di seguire con qualche libertà la propria opinione.

In particolare poi converrà ch' io parli anche di varie materie che appartengono alle dottrine fondamentali comuni ad ogni Diritto positivo e che per conseguenza non sono esclusivamente proprie del Diritto romano. A ciò m'inducono non solo la consuetudine finora osservata, specialmente nelle lezioni sulle Pandette, tenute nelle Università tedesche, non solo la forma speciale che il Diritto romano diede a molte di tali materie, e l'influenza che ebbe in ciò su altre legislazioni, ma mi vi determina anzi tutto la considerazione che il Diritto romano, per le varie sorti a cui andò incontro, assunse più di qualunque altro diritto positivo un carattere di generalità, il quale eminentemente si presta a far sì che quelle materie fondamentali possano essere nel più convenevole modo trattate.

CAPITOLO II.

Della natura de' fonti di diritto in generale.

§ 4.

Rapporto di diritto.

Per istabilire la base del diritto romano attuale noi dobbiamo determinare le fonti ond' esso procede; ma perchè tale studio sia fruttuoso, occorre che ci poniamo prima ad esaminare, sul generale, la natura de' fonti di diritto.

Considerato il diritto, quale lo incontriamo nella realtà

Digitized by Google

della vita sociale, ci apparisce innanzi tutto un potere spettante all' individuo; un campo, entro il quale domina la sua volontà e domina col nostro consenso. Tale potere noi chiamiamo *diritto* di questa persona, il che ha uguale significato di facoltà: alcuni il dicono diritto in senso soggettivo. Questo diritto allora precipuamente da sensibile prova di sè, quando posto in dubbio o negato, la sentenza del giudice ne riconosce la sussistenza e l' estensione. Ma un esame più attento ci persuade non sorgere la forma logica del giudicato, se non da un bisogno accidentale; non esaurire essa l'essenza della cosa, anzi aver uopo ella medesima d'una più profonda *base*. È questa il *rapporto di diritto*, di cui ogni particolare diritto non è se non una faccia speciale, astrattamente separata dal tutto, sicchè anche la sentenza, che riconosce un diritto, non può esser vera e convincente, se non in quanto proceda da una considerazione complessiva del rapporto di diritto. Nei rapporti di diritto ha una natura organica, la quale si manifesta sia nel nesso delle diverse parti che li costituiscono, le quali si sorreggono a vicenda, e sono l' una condizione dell' altra; sia nello sviluppo progressivo, che noi scorgiamo in essi, nel modo del loro nascere, e del loro cessare. Questa viva ricostruzione del rapporto di diritto, in ogni caso che si presenta, è l' elemento intellettuale della pratica giuridica e distingue la nobile sua missione dal puro meccanismo, che tanti profani vorrebbero in essa ravvisare. Affinchè un punto di tanta importanza non venga solo astrattamente compreso, ma sia pure nelle ricche sue conseguenze pratiche

Digitized by Google

considerato; credo non superfluo illustrarlo con un esempio. La famosa legge *Frater a fratre* tratta il seguente caso di diritto: Due fratelli si trovano sotto la patria podestà. Uno di essi fa all' altro un mutuo, e quest' ultimo, morto il padre, ne compie la restituzione: si domanda se egli possa ripetere il danaro da lui restituito, come pagato per errore. Qui il giudice deve unicamente indagare se sussista, o no, la *condictio indebiti*. Ma a tale effetto conviene ch' egli abbia presente e consideri nel suo complesso il rapporto di diritto, il quale si decompone in questi elementi: la patria potestà su ambedue i fratelli, un prestito fatto dall' uno all' altro, un peculio, che il debitore avea ricevuto dal padre. Questo così complesso rapporto di diritto ebbe un progressivo sviluppo per la morte del padre, per l' eredità raccoltane, per la restituzione del mutuo. Da' suddetti elementi deve sorgere la sentenza, richiesta nel caso speciale dal giudice.

§ 5.

Instituto giuridico.

Non è possibile proferir sentenza sopra un dato diritto senza riassumere le circostanze speciali sotto una regola generale, che domini i singoli diritti. Noi denominiamo questa regola semplicemente *diritto*, oppure diritto generale: alcuni la dicono anche diritto in senso oggettivo. Essa visibilmente si manifesta in particolare nella legge, che è la determinazione della regola di diritto, fatta dal supremo potere dello Stato.

Digitized by Google

Ora in quella guisa che la sentenza in un caso particolare di diritto, non ha se non una natura ristretta e subordinata, e trova la sua viva radice e la sua forza di persuasione soltanto nella considerazione del rapporto di diritto, nella guisa medesima la regola di diritto, e la legge che la sancisce hanno la loro base più profonda nella considerazione dell' *istituto giuridico;* la cui natura organica, si manifesta tanto nel vivo complesso delle diverse parti che lo compongono, quanto nel suo progressivo sviluppo. Se adunque noi non vogliamo starci contenti all' esteriore apparenza, ma vogliamo penetrare nell' essenza della cosa, riconosciamo che in realtà ogni rapporto di diritto è soggetto ad un istituto giuridico corrispondente, quale suo tipo, e viene da questo dominato, come la sentenza nel caso speciale è retta dalla regola di diritto (*a*). Che anzi questa soggezione della sentenza alla regola è intimamente legata alla dipendenza del rapporto di diritto dall' instituto e per questa sola ha realtà e vita. A maggiore schiarimento ci gioveremo anche qui del caso pratico, citato nel precedente paragrafo. Gli instituti giuridici, che in esso occorrono sono: l' acquisto che il padre faceva a mezzo de' figli, l' antico peculio, e specialmente la deduzione *(deductio)* che vi avea luogo, la trasmissione dei crediti agli eredi, la confusione de' crediti e debiti, la *condictio indebiti.* Quanto al processo delle idee havvi una differenza naturale in questo, che noi possiamo prima considerare separati gli instituti giuridici e poi combinarli

(*a*) Vedi Stahl, *Filosofia del diritto*, II, 1, pag. 165, 166.

Digitized by Google

ad arbitrio, mentre invece il rapporto di diritto ci viene dato dai casi della vita, e quindi ci apparisce a dirittura concretamente composto e complicato.

Ma, facendoci più oltre a considerare, troviamo che tutti gli instituti giuridici stanno collegati in un sistema, nè ponno essere completamente compresi, se non nel grande complesso di questo sistema, nel quale di nuovo apparisce la stessa natura organica. Per quanto immensa sia la distanza tra un limitato rapporto speciale di diritto ed il sistema del Diritto positivo d'una nazione, la differenza sta solo nelle proporzioni, ma non nella sostanza, ed anche il modo con cui l'intelletto giugne a conoscerli amendue è essenzialmente lo stesso.

Da ciò si scorge quanto sia errato il risguardare, in materia di giurisprudenza, la teoria e la pratica come due cose affatto disparate, opposte anzi l'una all'altra; il che tuttavia assai di frequente accade. È diverso il fine, a cui estrinsecamente elle tendono, diversa l'applicazione delle cognizioni per esse acquistate; ma la natura e la direzione delle idee, e lo studio mercè cui l'uom s'informa, è ad entrambo comune, e tanto l'una come l'altra vengono degnamente esercitate, solo da chi è compreso dal sentimento della loro identità (*b*).

(*b*) Questa convinzione sorse dapprima in noi col maggiore studio dei giureconsulti romani, appunto in tale argomento sommi; ebbe poscia maggiore sviluppo e fermezza principalmente col lungo esercizio nella pratica legale.

Digitized by Google

§ 6.

Definizione dei fonti di Diritto.

Noi chiamiamo *fonti di diritto* le origini del Diritto generale, e perciò tanto degli instituti giuridici, quanto delle regole particolari di Diritto, che da quelli per astrazione si deducono. Siccome tale definizione s' attiene a un duplice ordine d' idee, e' sarà necessario prevenire un doppio equivoco cui potrebbe dare materia.

1. Anche i rapporti individuali di Diritto hanno la loro origine in un fatto (*a*) e l' affinità di questi rapporti cogli instituti giuridici può facilmente farne confondere le basi con quelle delle regole di diritto. Così quando si vogliano enumerare tutti gli elementi di un rapporto di Diritto qualunque, si troverà indubbiamente fra di loro tanto l' esistenza d' una regola di diritto, quanto quella di un fatto a tal regola corrispondente; quindi p. e. una legge che riconosca i contratti, ed un contratto, cui la legge si applichi. Però ambedue questi elementi sono specificamente differenti, e si verrebbe ad una confusione d' idee, ponendo sopra una medesima linea, come fonti di Diritto, leggi e contratti (*b*).

(a) La dottrina generale di queste origini dei diritti trovasi nel capitolo terzo del secondo libro.

(b) A non parlare dei moderni troviamo esempi di siffatta parificazione in vari passi di Cicerone. (Vedi § 22, nota *m*). Come ivi si inal-

Digitized by Google

2. Un altro equivoco, procedente dalla somiglianza del nome, è quello di confondere i fonti di Diritto coi fonti storici della giurisprudenza; appartengono alla seconda specie tutti i monumenti, cui attigniamo la cognizione di fatti relativi alla scienza del Diritto. Queste due specie di fonti sono adunque affatto indipendenti l'una dall'altra, ed il loro concorso in qualche punto è solo accidentale, benchè avvenga assai di frequente e sia di speciale rilievo. Così, a citarne qualche esempio, il Digesto di Giustiniano è fonte in ambedue i sensi, di cui sopra femmo parola; la legge Voconia è fonte dell'antico Diritto, ma, sendo andata perduta, non appartiene ai fonti della giurisprudenza. Un esempio del contrario abbiamo nei passi di storici o poeti antichi, che contengono notizie di cose attinenti al Diritto. — Conviene però osservare che nella maggior parte de' casi, ne' quali abbiamo a parlare di fonti di Diritto, i due diversi significati coincidono; talchè non è grande il pericolo che per difetto dell'espressione abbiano a confondersi le idee. Così p. e. le diverse parti costituenti il *Corpus juris*, come leggi giustinianee, sono fonti di Diritto per l'Impero de' tempi di Giustiniano; come accolte nel diritto moderno, sono fonti di Diritto per noi, e finalmente come libri, ancora esistenti, sono

zano a torto i contratti a fonti di Diritto, così altrove, con opposta confusione, si abbassano le leggi a livello delle origini dei rapporti di Diritto, per appoggiare la falsa dottrina del *titulus* e *modus adquirendi*. Höpfner, *Commentario* § 293. Nel primo di questi errori gran parte ebbe la parola *autonomia* coi molti suoi significati.

Digitized by Google

fonti della nostra giurisprudenza. Similmente i libri di Diritto tedesco del decimoterzo e decimoquarto secolo, sono collezione di consuetudini giuridiche e perciò fonti di Diritto; come libri giunti fino a noi, sono fonti di giurisprudenza. Ond'è che la maggior parte degli scrittori si serve di quella espressione, senz'avvertire i lettori dei diversi suoi significati, ned essi possono, per quanto abbiamo detto, esserne perciò biasimati.

§ 7.

Origine generale del Diritto.

Quali sono ora le origini del Diritto in genere, ossia in che consistono i fonti di Diritto?

Potrebbe taluno darsi a credere varia avere il Diritto l'origine, secondo che proceda dal caso o dall'arbitrio, dalla riflessione o dalla saggezza dell'uomo. A tale avviso s'oppone per altro l'indubbio fatto che ogni qualvolta si manifesta all'intelligenza, o viene discusso un rapporto di diritto, havvi già da lungo tempo una regola che il concerne, e quindi non è necessario nè possibile il crearne una pel caso speciale di cui si tratta. Questa qualità appunto del Diritto generale di avere in effetto una esistenza anteriore a tutti i casi, in cui ne occorre l'applicazione, è quella per la quale il chiamiamo *Diritto positivo.*

Se poi ci facciamo a cercare il soggetto, nel quale, e pel quale ha vita il Diritto positivo, noi lo troviamo nel popolo. Il Diritto positivo vive nella comune coscienza del po-

Digitized by Google

polo, e perciò noi il diremo pure *Diritto del popolo.* Queste nostre parole non debbonsi per altro prendere nel senso che i singoli individui, costituenti il popolo, abbiano creato a lor senno il diritto; imperciocchè codesto arbitrio degli individui avrebbe forse potuto stabilire uno stesso Diritto, ma più verisimilmente ne avrebbe prodotto molti, assai differenti fra loro. Quello che crea il Diritto positivo è invece lo spirito del popolo, che vive ed opera su tutti gli individui ad un tempo, e conseguentemente, non per caso, ma per necessità, è il medesimo nella coscienza di ciascun individuo. Ammettendo noi una origine invisibile del Diritto positivo, dobbiamo, per essere coerenti, rinunziare ad ogni prova scritta di esso. Questa mancanza di prove scritte non è propria del nostro modo di spiegare l'origine del Diritto; ella è comune ad ogni altro sistema; imperocchè, là, dove incomincia la storia fondata su documenti, si trova appo tutti i popoli, già sussistente un diritto positivo, la cui origine è a quelli anteriore. Non mancano però prove d' altro genere, quali si addicono alla natura speciale dell'argomento. Una di tali prove s'avrebbe nel generale, uniforme riconoscimento del Diritto positivo e nel sentimento d' intima necessità, che ne accompagna la idea. Questo sentimento troviamo sensibilmente espresso nell' antica credenza di un' origine divina del diritto o della legge; e nulla si può concepire che più valesse ad escludere in ciò l' opera del caso o dell' arbitrio dell' uomo. Abbiamo un' altra prova nell' analogia di altre qualità proprie di ciascun popolo, le quali hanno una origine del pari invisibile e che risale al di là dei documenti storici,

Digitized by Google

come sarebbero, a modo d' esempio, il costume della vita sociale, e più di tutto la lingua. Anche questa è affatto indipendente dal caso, o dalla libera scelta degli individui, e deve unicamente il suo principio allo spirito nazionale, che anima tutto un popolo; ma per la sua natura sensibile tale principio è nella lingua assai più manifesto e indubitabile che nel Diritto. Queste comuni tendenze e manifestazioni sono appunto quelle che sole stabiliscono e additano la natura individuale de'varii popoli; e la lingua, come più chiara a discernersi, occupa tra di esse il primo posto.

Nella coscienza comune del popolo però, il diritto non s' appalesa nella forma di una regola astratta, ma nella viva intuizione degli istituti giuridici insieme organicamente congiunti; sicchè, come s'affaccia il bisogno d'una regola, dedotta in forma logica, conviene, in modo artifiziale, dedurla dalla complessiva intuizione che ne serba nascosto il germe? Quella forma si scorge negli atti simbolici, che danno al diritto un apparenza sensibile, ed in cui i diritti originarii del popolo hanno per lo più un espressione più chiara e più profonda di quella che viene data dalla legge.

Nell' ammettere questa origine del Diritto positivo, io non posi mente pel momento al progressivo sviluppo, a cui coll' andar del tempo, va incontro la vita dei popoli. Se ci facciamo ora a considerare l' azione di tale progresso anche nel Diritto, noi troviamo ch' esso non fa se non consolidarlo. Quanto più a lungo le idee giuridiche si mantengono in un popolo, tanto più profondamente in lui si radicano; il diritto coll' uso acquista sempre maggiore svi-

Digitized by Google

luppo, e ciò che prima esisteva in germe, colla pratica applicazione ne riceve sensibilmente una forma determinata. Ma per questa medesima via si modifica altresì il diritto. La vita dei popoli è come la vita dell'uomo; in questa noi non possiamo cogliere un momento, nel quale ella sia completamente stazionaria, ma la veggiamo sempre progredire nel suo organico sviluppamento; e così pur è della vita dei popoli, tanto se la vogliamo considerare nel suo insieme, quanto se ci fermiamo ai singoli suoi elementi. Questo continuo progresso e sviluppo ha luogo, come nella lingua, così pure nel Diritto, ed è soggetto alla medesima legge che presiede al suo primo nascere cioè, deriva da una forza e necessità interna, indipendente dal caso o dall'arbitrio degli individui, come l'origine primitiva del Diritto medesimo. La modificazione che sorge da questo naturale sviluppo non è però generica, ma segue un determinato e regolare ordine di condizioni, ognuna delle quali è in particolar relazione colle diverse manifestazioni dello spirito del popolo, dal quale viene generato il Diritto. Siffatto elemento ci appare più libero e più vigoroso nell'infanzia dei popoli, quando il legame che unisce la nazione è più intimo, più generalmente sentito, e meno celato dal vario sviluppo de' singoli individui. Di mano in mano però che questo sviluppo degli individui si fa più ineguale, e più predominante; di mano in mano che si separano più sensibilmente le occupazioni, le cognizioni e le condizioni sociali da queste formate, anche lo sviluppo del diritto, il quale ebbe la sua origine nel sentimento comune del popolo,

Digitized by Google

diventa ognora più difficile, anzi alla fine sparirebbe quasi del tutto, se, per effetto appunto di questa nuova condizione di cose, non sorgessero a tal uopo nuovi organi, la legislazione e la giurisprudenza, delle quali mostreremo tosto la natura.

Per altra parte questo sviluppo del diritto può operare in sè tale rivolgimento, che lo renda affatto diverso da quello ch' era in origine. Possono per esso sorgere nuove istituzioni o riformarsi quelle che esistevano prima; talune possono sparire del tutto, perchè divenute contrarie allo spirito ed ai bisogni del tempo.

§ 8.

Popolo.

Dicemmo preliminarmente essere il popolo il soggetto attivo e personale dell' origine del diritto; ci faremo ora a determinare con maggiore studio la natura di questo soggetto.

Se nel considerare il rapporto di Diritto, facciamo astrazione da ogni suo particolare oggetto, ne troviamo, com'essenza generale, la convivenza di più individui regolata in un modo determinato. Egli è facile soffermarsi a questa idea astratta di una aggregazione in genere di persone ed immaginare il Diritto come una invenzione di essa, senza cui non possa sussistere la libertà esterna de' singoli individui aggregati. Ma cotesta unione accidentale di una massa

Digitized by Google

indeterminata di uomini, è una supposizione arbitraria e destituta d' ogni fondamento di verità; e seppur così effettivamente sussistesse, sarebbe sempre indubbiamente inetta a generare il diritto, perchè col bisogno non va di pari passo la potenza di soddisfarlo. Passando dall' astrazione alla realtà, certo è che dovunque uomini vivono insieme in società, e per quanto la storia ce ne dà notizia, noi troviamo stare essi in una comunanza intellettuale, la quale si manifesta coll' uso d' una medesima lingua e da questa medesimezza di linguaggio ha forza e sviluppo. Da siffatta unione, ch' è opera della stessa natura, trae origine il diritto, perocchè la potenza di soddisfare al sopr' avvertito bisogno, si trova nello spirito nazionale che anima tutti e ciascuno ad un tempo.

Però i termini che segnano la consistenza individuale di un popolo sono per verità indeterminati ed instabili, e ciò si mostra, anche nell' unità o nella varietà del Diritto che in essi ebbe origine. Così trattandosi di tribù affini può apparire incerto se debbano essere considerate per un solo o più popoli, e medesimamente ne' loro diritti accade talvolta di notare un carattere di affinità, senza che vi s' incontri una consonanza perfetta.

Ma anche dove l' unità di un popolo è indubitata, riscontriamo entro i limiti che il circoscrivono aggregazioni più ristrette, legate da altri vincoli, oltre a quelli generali del popolo, come sarebbero le città, i villaggi, le corporazioni d' ogni specie, le quali formano altrettante suddivisioni che ritraggono della consistenza stessa del popolo.

Digitized by Google

Anche queste possono dar origine ad un Diritto *particolare*, che sussiste accanto del diritto *comune*, in più parti il compie e lo tempera (*a*).

Quando consideriamo il popolo come una unità naturale e perciò come soggetto del diritto positivo, non dobbiamo starci soltanto agli individui, che lo compongono in un dato momento, ma bensì raffigurarci quell' unità in tutte le generazioni che vanno succedendosi le une alle altre; una unità in somma che rannodi il presente col passato e l'avvenire. Tale continua conservazione del diritto è opera della *tradizione* e questa ha per base indispensabile l' intrecciato e lento rinnovellarsi delle generazioni. Cotesta indipendenza del diritto dalla vita degli individui, che compongono in un dato momento un popolo, vale anzi tutto per l' intatta trasmission delle regole di diritto: essa è però in pari tempo la base delle insensibili trasformazioni del diritto più sopra indicate (§ 7), ed in questo senso noi dobbiamo attribuire alla tradizione una speciale importanza.

Il considerare ogni singolo popolo come creatore e soggetto del Diritto positivo o reale, potrebbe sembrar troppo ristretta cosa a coloro che vorrebbero piuttosto assegnarne l' origine allo spirito umano in generale. Esaminando però più davvicino queste due diverse opinioni, si scorge com' esse punto non si contraddicano. Lo spirito nazionale d' un popolo è solo lo spirito umano generale, che s' ap-

(*a*) Così aveanvi in Roma diritti consuetudinarii antichissimi di singole *gentes*. Dirksen, *civil. Abhandlungen*. T. 2, p. 90.

Digitized by Google

palesa in lui sotto forme individuali. Ma la creazione del Diritto è un fatto, e un fatto compiuto in comune, il quale non può ottenersi se non dove è possibile e sussiste realmente una comunanza di pensiero e di azione. Ora dacchè questa non ha luogo se non entro il confine de' varii popoli, solo da questi può generarsi il Diritto; benchè peraltro nella creazione di esso si scorga l'espressione dello spirito generale dell' umanità e non un arbitrio tutto proprio di questo o di quel popolo, di cui per avventura non si potesse trovare traccia in altri popoli. La differenza sta solo in ciò, che il Diritto così formato ora è affatto speciale d' un singolo popolo, ed ora è uniforme in varie nazioni. Mostreremo più sotto come i Romani chiamassero *jus gentium* questi fondamentali elementi comuni al Diritto del popolo (§ 22).

§ 9.

Stato. Diritto politico. Diritto privato. Diritto pubblico.

Considerando finora il popolo come un complesso naturale, invisibile, ci fu forza dargli confini indeterminati: in nessun tempo ed in nessun luogo però egli sussiste in un modo così astratto. Anzi in lui adopera ineluttabilmente un istinto di manifestare in modi visibili ed organici l' invisibile sua unità. Questa forma materiale della comunanza intellettuale del popolo è lo Stato: il quale ne circonda l' unità di limiti precisi ed indubbi.

Se cerchiamo l' origine dello Stato, noi la troviamo,

Digitized by Google

come nel diritto, in una necessità superiore, e in una forza interna che cerca di svolgersi al di fuori; locchè vuol dirsi non solo dell' esistenza di uno Stato in generale, ma altresì della forma speciale che lo Stato assume nei diversi popoli. La creazione dello Stato è una specie della creazione del Diritto, anzi è il più alto grado della sua manifestazione.

Facendoci ora dietro queste premesse a considerare il complesso del diritto, riconosciamo in esso due grandi divisioni, il *Diritto politico* e il *Diritto privato*. Il primo ha per oggetto lo Stato, cioè la manifestazione organica del popolo: il secondo ha per oggetto il complesso dei rapporti di Diritto, in mezzo a cui trovasi l' individuo, e da cui è regolata la vita interna e informato il contegno (*a*). Paragonando però questi due rami del Diritto, non mancano punti di contatto ed affinità. Così la famiglia nella sua costituzione permanente, nella relazione di comando e di obbedienza ha una manifesta rassomiglianza collo Stato; così all' opposto i Comuni che sono veri elementi dello Stato (§ 86), tengono assai della condizione dell' individuo. Queste due specie di Diritto muovono tuttavia sempre da un principio opposto che indubbiamente le contraddistingue: il Diritto pubblico ha per iscopo il tutto e per esso l' individuo è oggetto secondario; il Diritto privato considera

(*a*) L. 1., *de j. et j.* (*l.* 1). *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat: privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Confr. L. 2, § 46, *de orig. jur.* (1-2).

Digitized by Google

l' individuo per sè stesso e non si occupa che della sua esistenza o della sua condizione speciale.

Lo Stato però in pari tempo influisce possentemente sul Diritto privato e sulla reale sua esistenza. Infatti lo Stato è quello che veramente personifica il popolo, e quindi il rende capace di agire. Se fuori di esso il Diritto privato non ha se non un' esistenza invisibile, che risulta da concordanti sentimenti, pensieri e costumi, esso riceve invece vita e realtà nello Stato dall' istituzione del potere giudiziario. Con ciò noi non vogliamo già dire che nella vita dei popoli si possa contare un' epoca anteriore alla fondazione dello Stato, ed in cui il Diritto privato esistesse solo imperfettamente e come dire in embrione, (stato di natura). Ogni popolo, non sì tosto ha vita come tale, è già costituito in Stato, qualunque ne sia la forma; ond' è soltanto una ipotesi astratta della nostra mente, il considerare un popolo per sè stesso, vale a dire senza riguardo agli elementi che fanno di esso e dello Stato una cosa sola.

Le relazioni dell' individuo col diritto generale, ricevono, costituito appena il popolo, realtà e compimento in esso. Il diritto trae la sua esistenza dallo spirito comune del popolo (§ 7-8), quindi dalla volontà comune che in tale senso è la volontà d' ogni individuo. Ma in forza della sua libertà, l' individuo può, pel particolare suo interesse, pensare e volere ciò che d' altro canto egli non pensa e non vuole come membro del corpo sociale. In siffatta contraddizione sta l' ingiustizia o la violazione del diritto, la quale dev' essere repressa, affinchè il diritto possa sussi-

Digitized by Google

stere e dominare. Soltanto nello Stato però è possibile rendere tale repressione indipendente dal caso e darle una regolare sicurezza. Non altrove che in esso può in fatti opporsi all'individuo la regola di diritto come qualche cosa d'esteriore e reale, ed in questa nuova condizione la libertà individuale, sempre capace d'ingiustizia, trovasi vincolata dalla volontà generale e da essa assorbita.

Lo Stato ha altresì una influenza decisiva sulla formazione del Diritto privato: non solamente quanto al suo tenore, di cui parleremo più avanti, ma anche quanto ai limiti entro i quali la sua creazione procede; imperocchè la comunanza del popolo è molto più intima e più efficace nella cerchia d'un medesimo Stato, che non in stati differenti, quand'anche affini di stirpe, dov'è più rilassata e in vario modo impedita. Questa unità dello Stato non toglie punto, che sorga un Diritto nazionale (§ 8) particolare; solo gli impone il limite di non metter a repentaglio quella unità stessa sì essenziale. Cadrebbe peraltro in errore chi volesse esorbitantemente valutare l'influenza dello Stato, a paragone d'altri elementi od attribuirgli perfino un'azione esclusiva. Così nel Medio-Evo, distrutto l'impero d'Occidente, si trovavano varii Stati germanici, composti di sudditi parte germani e parte romani; ivi i sudditi romani di uno Stato aveano comune lo stesso Diritto romano con quelli di altri: i sudditi germani dei differenti Stati aveano un Diritto almeno affine, e questa uniformità, più o meno perfetta, del Diritto sussisteva ad onta della spartizione degli Stati.

La qui divisata distinzione dei Diritti, dominanti nel

Digitized by Google

seno di un medesimo Stato, potrebbe tacciarsi di manchevolezza, ove non aggiugnessi che io non intendo di limitare l' azione dello Stato a ciò che è oggetto del Diritto; mentre riconosco la teoria non dover impor confini alla libertà dello sviluppo individuale, proponendo determinati scopi all' azione dello Stato. Ciò non pertanto, dico essere suo primo e indispensabile assunto quello di dare caratteri visibili all' idea del Diritto, ed assicurarne l' efficacia. A tale uopo conviene che lo Stato eserciti un duplice potere. Deve in primo luogo proteggere l' individuo leso nel suo diritto e venirgli in soccorso; al che servono le regole che vi danno norma e chiamansi *leggi di procedura civile.* In secondo luogo lo Stato dee proteggere e ristabilire il diritto considerato in sè stesso, cioè indipendentemente da alcun riguardo all' interesse individuale; e ciò avviene per mezzo della pena, colla quale la volontà umana, nella sfera più ristretta del diritto, imita la legge di espiazione morale, che governa un più alto ordine di cose (*b*). Le regole che dirigono questo modo d' intervenzione dello Stato diconsi *Diritto criminale*, di cui la procedura criminale non è se non una parte (*c*). Procedura civile,

(*b*) In questo senso può dirsi che tal legge di espiazione morale assume in un riguardo più limitato la natura di un ordinamento giuridico, e come tale dev' essere dallo Stato attuata. Vedi Hegel, *Diritto naturale*, § 102, 103, 220. Klenze, *Trattato di diritto penale*, p. X-XVII.

(*c*) Il diritto positivo di ogni Stato stabilisce, se lo Stato eserciterà da sè stesso tale diritto o lo lascierà in arbitrio de' privati offesi, oltre al-

Digitized by Google

diritto criminale e procedura criminale sono adunque parti del Diritto politico, e tali vennero risguardate eziandio dai Romani. Se poi nei tempi moderni le cose non furono in tal modo considerate, ciò provenne da' seguenti motivi. L' amministrazione del diritto criminale fu spesso assegnata alle stesse autorità giudiziarie istituite a proteggere il diritto privato, e perciò anche la trattazione di queste due materie disparate, assunse una forma affine. Ma nella procedura civile l'azione dello Stato è sì connessa coi diritti delle parti che un' assoluta separazione ne sarebbe praticamente del tutto impossibile; ciò per altro nulla cangia all' intima essenza di queste discipline giuridiche, quale noi la indicammo. Per esprimere adunque questa essenza della cosa, ed insieme quelle relazioni piuttosto pratiche che altro è opportuno l'adoperare come suolsi, ed a ragione, oltre al nome di Diritto politico anche quello più generale di *Diritto pubblico*. Sotto la quale denominazione si comprende e il processo civile, ed il diritto criminale; laonde noi pure ci gioveremo in d' innanzi di siffatto termine.

Il Diritto pubblico tocca altresì da vicino al Diritto ecclesiastico. Umanamente parlando la Chiesa è uguale a qualunque altra società, ed essendo ogni altra corporazione subordinata, parte al Diritto politico e parte al privato, po-

l' esercizio de' particolari loro diritti. Quest' ultimo sistema era seguito dai Romani nelle loro pene private: però allorchè l' autorità pubblica si consolida ed assume un' essenza completa, è forza che tale sistema venga abbandonato.

Digitized by Google

trebbe anche ad essa attribuirsi una uguale condizione di dipendenza. Ma l'alto suo valore, che governa l'intima essenza dell'uomo, non permette tale parificazione, e pel fatto, in diverse epoche della storia, la Chiesa ed il Diritto ecclesiastico assunsero una posizione ben differente verso lo Stato. Appo i Romani il *jus sacrum* faceva parte del Diritto politico, ed era soggetto alla pubblica podestà (*d*). Il cristianesimo, nella sua universalità, non ammette siffatta soggezione a principii puramente nazionali. Nel Medio-Evo la Chiesa anzi cercò di assoggettarsi gli Stati e di dominarli. Noi possiamo considerare le diverse Chiese cristiane come sussistenti accanto allo Stato, ma in moltiplice ed intima relazione con esso; e perciò il Diritto ecclesiastico è per noi un diritto speciale, indipendente dal diritto pubblico e dal privato.

§ 10.

Opinioni divergenti sullo Stato.

L'opinione da noi espressa sull'origine e sulla natura dello Stato è però ben lungi dall'essere universalmente ammessa.

In primo luogo fu chi volle considerare lo Stato come una unione d'uomini indeterminata e indipendente dall'unità popolare; ma tale opinione è contraddetta innanzi tutto dal fatto, che in ogni tempo i popoli assunsero la forma organica di Stati e che dovunque si volle fare in grande

(*d*) L. 1, § 2, *de just. et jure.* (I, 1.).

Digitized by Google

il tentativo di costituire un solo corpo di masse d' uomini, senza riguardo a differenza di stirpe o di origine, come avvenne negli Stati di schiavi americani, il tentativo riuscì sempre assai infelice ed incontrò ostacoli insuperabili. A rincontro di questa opinione, noi dobbiamo dunque ripetere che in origine, e secondo la natura delle cose, lo Stato sorge nel seno di un popolo, per opera del popolo e per il popolo.

Altra opinione assai diffusa si è quella che gli Stati siano sorti in forza della libera volontà degli individui, e quindi per un contratto; opinione che trasse a conseguenze altrettanto perniciose quanto assurde. Questa opinione parte dal supposto che gli individui, i quali trovarono acconcio di costituire uno Stato, avessero potuto anche farne senza o frammischiarsi, oppure incorporarsi ad un altro Stato, o finalmente scegliere qualsiasi costituzione diversa. Con che non solo perdesi di vista l' unità naturale, insita nel popolo e l' intima necessità di essa, ma non si considera il fatto, che colà, ove è possibile tanta riflessione, sussiste già indubbiamente di fatto e di diritto un vero Stato; nel qual caso non si tratterebbe della sua prima costituzione, ma tutt' il più della sua scomposizione. Due fallaci giudizii diedero specialmente causa a tale errore. Primo, l' aver confuso colla libera scelta e coll' arbitraria volontà degli individui la grande varietà di casi che hanno parte nell' ordinamento degli Stati, cioè il loro elemento istorico e individuale. Secondo, l' avere costantemente, e spesso inavvedutamente, confusi i significati affatto diversi ne' quali può essere inteso il vo-

Digitized by Google

cabolo generico di *popolo*. Questa parola serve infatti a dinotare :

1. quell' unità naturale, onde sorge effettivamente lo Stato e riceve perpetuamente la sua esistenza ; in proposito di che non può cader questione di libera scelta e di arbitrio ;

2. la massa di tutti gli individui, che vivono contemporaneamente in uno Stato ;

3. questi stessi individui, eccettuato il governo, cioè quelli che ubbidiscono a riscontro di coloro che imperano;

4. negli Stati repubblicani, come nell'antica Roma, l'assemblea organizzata dei cittadini, nella quale per la costituzione risiede effettivamente il potere supremo.

Coloro che confusero questi quattro diversi significati della parola popolo, vennero perciò ad attribuire al complesso dei sudditi il diritto ideale del popolo considerato come unità naturale (1) ed il diritto storico del popolo nel senso romano (4) e di tal guisa riposero, contr'ogni verità, il potere sovrano nelle mani dei governati. Ma non si riesce a migliore assunto nè meno quando, senza giugnere a questo passo estremo, si voglia far risedere il diritto ed il potere nell' unione di tutti gli individui contemporaneamente viventi, compresivi quindi anche coloro che tengono nelle lor mani il governo (2). E prima di tutto, perchè gli individui non costituiscono lo Stato come tali e per numero di teste, ma sibbene conforme a certi ordinamenti creati dalla costituzione ; in secondo luogo perchè gli individui non possono volere ed agire nella loro totalità, ma soltanto

Digitized by Google

in una modica proporzione, sicchè pel numero maggiore che si compone di donne e di minori convien ricorrere alla vana finzione di una rappresentanza; finalmente perchè anche la totalità degli individui non sarebbe, se non quella che sussiste in un dato momento, mentre invece il popolo ideale, del quale qui trattasi, comprende in sè anche l'avvenire ed ha quindi un'esistenza non peritura (§ 8).

Tuttavia queste opinioni, che oppugniamo, hanno pur in sè un elemento vero. Infatti il caso e l'arbitrio possono grandemente cooperare alla formazione degli Stati, e specialmente la conquista e la divisione può fissarne i confini in modo assai differente da quello, che sarebbe richiesto dalla natura e dall'unità popolare. Di rincontro può avvenire che nello Stato si operi la fusione di un elemento straniero; ma una tale fusione esige certe condizioni, non accade se non per gradi, e, ad ogni modo, perchè riesca con minore difficoltà, conviene che il nuovo elemento abbia alcuna affinità collo Stato in cui va ad incorporarsi, e questo sia internamente perfetto. Dopo tuttociò siffatti avvenimenti, per quanto siano pur frequenti nella storia, non sono se non anomalie. Il popolo rimane non pertanto come la base naturale dello Stato, il quale si forma di necessità per una forza in esso esistente. Ove in questa naturale formazione s'annesti per esterni avvenimenti un elemento straniero, il popolo moralmente sano e forte può soggiogarlo e assorbirlo; altrimenti lo Stato va incontro ad una inferma esistenza. Per tal modo si spiega come un'aggregazione, che in origine era violenza ed ingiustizia, possa da questa

Digitized by Google

forza d' assorbimento, inerente all' ordine legale essere trasformata in modo da divenirne elemento nuovo e legittimo. Però il voler raffigurare come vera origine degli Stati siffatte anomalie perturbatrici che ne pongono a cimento la forza morale ed il voler ricorrere a tale opinione come unico rifugio possibile contro la pericolosa dottrina, che insegna sorti gli Stati da un libero contratto degli individui che li compongono, è massima assai strana e da essere assolutamente rifiutata (*a*). Qualora si consideri alla qualità del rimedio che viene proposto, non sapremmo ben dire qual fosse peggiore se il male od il farmaco.

§ 11.

Diritto internazionale.

Volgendo l' esame alle relazioni di più popoli e Stati fra di loro, noi le troviamo simili in tutto a quelle di singoli individui, i quali si trovino insieme raccolti per caso, senza essere uniti in una comunione costituente l' idea di popolo. Se tutti saranno uomini civili e animati da buone intenzioni, applicheranno alla loro unione accidentale, quelle idee di diritto cui si sono accostumati colla vita anteriore e per loro spontanea volontà si faranno una posizione legale più o meno ritraente da quella che tenevano nel consorzio popolare, e quindi più o meno ricopiata. D' egual maniera più Stati indipendenti possono volontariamente applicare alle

(*a*) Haller *Ristaurazione della scienza di Stato.*

Digitized by Google

reciproche loro relazioni, ciò che ognun d' essi riconosce come Diritto, in quanto l' applicazione faccia all' uopo, e torni utile. Ma da cotesto consentimento non sorge ancora un dato Diritto. All' incontro può tra più popoli nascere una comunanza d' idee giuridiche simile a quella che nel popolo dà origine al Diritto positivo. Base di siffatta comunanza intellettuale sono in parte le affinità di schiatta, in parte, e più d' ogni altra cosa, le comuni convinzioni religiose. Su ciò fondossi il Diritto internazionale, che sussiste specialmente tra gli Stati cristiani d' Europa, nè era sconosciuto nemmeno ai popoli antichi, dacchè p. e., il veggiamo tra i romani, sotto il nome di *jus feciale*. Anche questo, noi possiamo considerare qual Diritto positivo, benchè imperfetto per due ragioni: in primo luogo per la mancanza di qualsiasi sicuro dettato, ed in secondo luogo perchè non ha quella base reale, su cui poggia il diritto dei singoli membri di uno stesso popolo, la pubblica podestà e segnatamente il poter giudiziario (§ 9).

Tuttavia la civiltà morale, ognor progressiva, fondata dal cristianesimo trae ogni popolo a contenersi secondo norme analoghe a quelle del Diritto internazionale positivo anche verso popoli affatto stranieri, che non hanno uguali sentimenti, nè per conseguenza ne danno il ricambio. Questo modo di procedere però ha un carattere puramente morale nè assume la natura di Diritto positivo.

Digitized by Google

§ 12.

Diritto consuetudinario.

(G. F. Puchta, il *Diritto consuetudinario*, T. 1. 2. *Erlangen* 1828, 1837-8.)

Quel Diritto, che si manifesta in un modo invisibile, sicchè non può assegnarsene l' origine ad un fatto esterno o ad un epoca determinata, e che noi chiamiamo Diritto del popolo, fu riconosciuto bensì in tutti i tempi, ma il riconoscimento ne tornò per lo più sterile, avvegnachè si volle attribuirgli un oggetto troppo limitato e mal ne fu compresa l' essenza. La prima di queste due cause non può essere spiegata, se non là dove ragioneremo della legislazione: la seconda dipende in parte dal nome datogli di *Diritto consuetudinario.*

Taluno, cercando nella parola l' origine della cosa, potrebbe di leggeri darsi a credere di non andar errato nel supporre che, occorso una volta in remoti tempi, il caso di dover decidere d' un rapporto di diritto, si fosse in ciò proceduto ad arbitrio o per accidente; che ripetutosi lo stesso caso, s' abbia trovato comodo ripetere la stessa decisione, senza dicervellarsi a trovarne una nuova migliore, e che questo metodo colla ripetizione apparisse ognora più comodo e naturale. Per tal modo coll' andar del tempo una regola, che in origine non avea maggior fondamento della contraria, sarebbe divenuta Diritto, e così il Diritto sarebbe stato generato dalla consuetudine.

Ove si esamini la vera base di ogni diritto positivo e l' intima sua essenza, apparisce di primo tratto essere nella

Digitized by Google

riferita ipotesi l' effetto posto in luogo della causa, e questa in luogo di quello. Infatti la base di ogni diritto positivo ha la sua esistenza, la sua realtà nella coscienza comune del popolo, ma essendo questa invisibile, a quali segni potremmo noi riconoscerla? Noi la riconosciamo agli atti esterni, agli usi, a' costumi, alle consuetudini: allorchè scorgiamo una uniformità di atti continuati, e quindi permanenti, non possiamo non convenire ch' essi hanno una radice comune, la credenza del popolo del tutto diversa dal caso. Per tal modo la consuetudine è indizio, e non elemento generatore, del Diritto positivo. Dobbiamo però confessare, che anche questo errore di far discendere dalla consuetudine il Diritto, ha una parte di vero che vuol soltanto essere ricondotta al suo giusto valore. E diffatti oltre a quelle basi del Diritto positivo che sono indubitate e generalmente riconosciute dalla coscienza del popolo hannovi d' altra parte disposizioni più particolari, la cui esistenza è meno sicura: nè tale possono acquistarla, se non fissandosi maggiormente nella coscienza del popolo con l' uso diuturno *(a)*. Il bisogno di questa ripetuta applicazione sarà tanto più frequente quanto più la forza creatrice del Diritto sarà uno degli elementi meno predominanti nel popolo. Oltre a ciò, molte disposizioni del Diritto positivo hanno una equivalenza relativa: per cui basta che domini una regola e sia riconosciuta per dominante, qual ella sia. Così avviene in tutti

(a) Puchta II, p. 8-9: « La consuetudine sorta dalle idee giuridiche del popolo è in pari tempo lo specchio in cui esso riconosce l' opera sua. »

Digitized by Google

que' casi, nei quali trattandosi di dover prefiggere una misura, rimane sempre tra certi limiti un largo campo all'arbitrio, come per esempio nei termini di prescrizione; il medesimo deve dirsi di quelle regole di Diritto le quali trattano soltanto della forma esterna degli atti. In tutti i casi di tal genere i giudizii e le determinazioni anteriori ci divengono una autorità in ogni futura applicazione e perciò la consuetudine può essere un elemento della formazione del Diritto. Questo è l'effetto della legge di continuità delle opinioni, degli atti e delle condizioni umane, legge la quale ha un esteso potere anche su varii instituti speciali di Diritto (*b*). L'ammettere tale reazione della consuetudine non degrada il Diritto, se non quando vogliasi considerare la ripetizione de' medesimi atti intervenuta senza un avvertito proposito e quasi prodotta da un concorso di accidenti esteriori; anzichè frutto di matura riflessione e di volontà determinata. Benchè adunque il termine di Diritto consuetudinario possa in due sensi essere inteso, e talvolta serva ad esprimere un' idea adeguata; ne sarebbe però desiderabile un uso meno *esclusivo*, dacchè travolge seco il germe d' infiniti errori, cui sempre diede occasione.

(*b*) L' effetto di questa legge si mostra specialmente nel carico della prova (qual requisito pel cangiamento di uno stato precedente) nel possesso, nell'usucapione, nella prescrizione delle azioni, e finalmente anche nella forza dei giudicati precedenti (§ 20); per altro sempre combinandosi con altri elementi e venendo da essi modificata. Qui conveniva darne soltanto un cenno generale raccogliendo i diversi effetti ad un centro: ne tratteremo più distesamente, parlando dei detti instituti.

Digitized by Google

Considerata la consuetudine tanto come indizio del Diritto positivo, quanto come elemento concorrente alla formazione del Diritto in genere, hannovi due specie di manifestazioni che si distinguono per la loro importanza e fecondità: le forme simboliche degli atti ed i giudicati dei Tribunali popolari (*c*); quelle ci rappresentano al vivo il significato degli instituti di Diritto, questi, provocati dal conflitto di contrarie pretensioni, deono di lor natura raccogliere il rapporto di Diritto e con rigorosa precisione determinarlo.

Però dicendo noi che l' uso, in più casi occorso, del Diritto popolare è da considerare quale un mezzo di ri-

(*c*) Noi diamo qui un' importanza speciale alla natura dei Tribunali popolari in opposizione ai dotti giudizii d' oggidì che sussistono come collegii permanenti (§ 14). Quell' importante carattere trovasi manifestamente nei giudizii degli Scabbini germanici: e del pari nelle *res judicatae* dei romani; e ciò non tanto, come alcuno potrebbe facilmente credere, perchè i giudici fossero privati e quindi tolti dal popolo (mentre il punto di diritto, di cui qui precipuamente trattasi, veniva deciso dal pretore e non dal giudice); ma piuttosto perchè il pretore stesso veniva cangiato ogni anno e non apparteneva ad un ceto speciale di dotti giureconsulti; quindi rappresentava l' opinione generale del popolo. Così anche i romani riferivano ai pretori, quali autori di esse, le *res judicatae* come fonti di diritto. *Auctor ad Herenn.*, II, 13. — Ciò dicasi, però, soltanto dei giudici speciali che venivano nominati per ogni caso dal pretore singolarmente od in piccol numero. Nei giudizii centumvirali la decisione del punto di diritto, emanava dai giudicanti stessi, non venendo loro assegnata alcuna *formola*, e così sorse specialmente la querela d' inofficioso.

Digitized by Google

conoscerlo ossia ritrarne l' esistenza; intendiam dire, ch' esso è un mezzo *mediato*, non necessario, se non a quelli che lo prendono a contemplar dal di fuori, senza appartenere alla società in cui sorse e si mantenne in vigore (§ 7, 8); mentre invece coloro, fra' quali il Diritto stesso si formò, non hanno d' uopo di dedurlo dalla moltiplicità de' casi, in cui venne usato, ma lo avvisano *immediato*, per intimo senso (§ 30).

§ 13.
Legislazione.

Ancorchè il Diritto positivo avesse raggiunto il massimo grado di certezza e di precisione, potrebbe però nascere che alcuno per errore o per mal animo cercasse di sottrarvisi. È quindi necessario di farlo riconoscere esternamente in modo che sia tolta di mezzo ogni opinione individuale e divenga agevole ridurre all' impotenza il mal volere. Il Diritto positivo, reso così sensibile colla parola e di un' assoluta autorità rivestito, assume il nome di *legge* ed il far leggi è uno dei più nobili attributi del potere supremo dello Stato. La legislazione può versare tanto sul Diritto pubblico quanto sul privato; noi qui ne tratteremo specialmente sotto quest' ultimo aspetto.

Gli argomenti, per via de' quali fummo condotti a stabilire l' origine del potere legislativo, ci guidano anche a determinare qual sia il soggetto delle leggi; è soggetto della legge il Diritto popolare già esistente, o, che torna

Digitized by Google

lo stesso, la legge è l' espressione del Diritto popolare. Chi ne dubitasse dovrebbe immaginarsi il legislatore come se fosse fuori della nazioue; ma invece egli sta nel centro di essa, sicchè ne riassume lo spirito, i sentimenti, i bisogni, e ci è forza risguardarlo come il vero rappresentante dello spirito popolare. Sarebbe parimenti un grossolano errore il voler considerare in tale senso il legislatore come dipendente dal diverso ordinamento del potere legislativo in questa od in quella forma di reggimento politico. Che la legge sia fatta da un principe, o da un senato, o da una assemblea più numerosa ed elettiva, o dal concorso di varii di questi poteri, ciò nulla cangia nella sostanza della relazione del legislatore col Diritto popolare; laonde coloro, da' quali suol sostenersi che il vero Diritto popolare risieda soltanto in leggi fatte da assemblee elettive, cadono in quella confusione d' idee che testè abbiamo notato.

Questa dottrina della natura e del soggetto della legge, fu non di rado frantesa in modo da attribuire al legislatore una posizione subordinata e non degna del suo grado, quasi ch' ella tacitamente dichiarasse cosa vana e perfino nociva la intiera legislazione. A combattere pienamente siffatto errore, basta mostrare in che consista la vera influenza della legislazione sulla formazione del Diritto e quanto rilevi. Tale importante influenza si manifesta specialmente sotto due aspetti: e come ausiliaria a integrazione del Diritto positivo, e come fomite al progressivo suo svilupparsi.

Digitized by Google

Prendendo a considerare quella influenza sotto il primo aspetto ci convien qui ricordare le osservazioni superiormente fatte in proposito del Diritto consuetudinario (§ 12). Per quanto siano sicure le basi del Diritto positivo può sempre esser rimasto molto d'indeterminato nelle particolarità, massime presso i popoli per loro natura meno predisposti alla formazione del Diritto. Tra siffatte particolarità entrano quelle numerose disposizioni che lasciano un certo campo all'arbitrio, come p. e. tutte quelle che assegnano un dato termine. In tutti i casi di questa specie fa di mestieri che il Diritto popolare venga integrato, e quantunque, come già notammo, la integrazione ne venga operata dalla consuetudine, l'effetto ne riesce più pronto, più sicuro, e quindi migliore, quando procede dalla legislazione.

L'influenza della legislazione sul progressivo svilupparsi del diritto è molto più importante che sulla sua primitiva formazione. Infatti, qualora mutati i costumi, le opinioni, i bisogni sia necessario un mutamento anche nel Jus, o qualora col progresso del tempo sorga il bisogno di nuovi instituti di Diritto, questi nuovi elementi possono bensì essere somministrati da quella interna forza invisibile che diede origine al Jus, ma in ciò appunto l'influenza della legislazione suol riuscire salutarissima e perfino indispensabile. Imperocchè, lento essendo il succedersi delle diverse cause operanti la necessità di mutamenti, non può fare che non vi corra un tempo intermedio nel quale il Diritto sia incerto; e la incertezza conviene che dal dettato della

Digitized by Google

legge sia tolta. Inoltre tutti gli instituti di Diritto hanno fra loro una certa reciproca armonia, per cui la introduzione di un principio nuovo può far sorgere qualche contraddizione con gli altri rimasti immutati. È quindi necessario provvedere alla concordanza, la quale non si ottiene con sicuro effetto, se non mediante riflessione e uno studio avvertito e quindi personale (*a*). Questi argomenti riescono d' una importanza ancora più evidente, quando il Diritto che abbisogna di modificazione sia stato stabilito da leggi precedenti; perocchè la non disputabile immobilità della legge scritta impedirebbe sovente del tutto l' interno e lento lavoro di progressione o ridurrebbelo a troppo scarse dimensioni (*b*). Oltrachè nella storia d' ogni nazione incontriamo certe fasi e condizioni che più non fa-

(*a*) Stahl, *Filosofia del Diritto*, II, 1, § 140.

(*b*) Tale è il vero senso di questo passo di Göthe, di cui spesso venne fatto abuso: « Le leggi e i diritti si trasmettono come malattie ereditarie, passano di generazione in generazione e si estendono lentamente di luogo in luogo. La ragione diviene stoltezza, il beneficio tormento; guai a te che sei nipote! Ma del Diritto che nacque con noi ahimè mai non si parla ». Non di rado si vollero interpretare queste parole siccome un biasimo generale del Diritto positivo e l' espressione del rammarico che non dominasse esclusivamente il Diritto naturale. Io non voglio sostenere che il poeta in questo passo abbia avuto chiaramente di mira quella concatenazione di idee che io esposi; ma il vero genio ha il privilegio d' arrivare a dirittura per intuizione a quello che gli altri non ottengono, se non con un lento e faticoso processo di deduzioni.

Digitized by Google

voriscono la formazione del Diritto per mezzo della coscienza comune del popolo (§ 7). Nel qual caso la formazione progressiva del Diritto, che mai non resta, devolvesi di per sè nella massima parte alla legislazione. Siffatto passaggio, non fu in alcun tempo tanto sensibile, ed improvviso quanto sotto Costantino, dal quale cominciando l'operosissima legislazione imperiale arrogò esclusivamente a sè stessa la missione di far progredire il Diritto.

Se da queste considerazioni per una parte consegue non doversi alla legislazione attribuire una importanza secondaria a paragone del puro Diritto popolare (di quello cioè non ridotto a legge scritta); ne segue per altra parte doversi ancora fuggir l'opposto errore di non considerare il Diritto popolare, che come un supplimento necessario a riempiere le accidentali lacune della legislazione, sicchè debba sparire là dove esista una legge. Ammessa una tale opinione, bisognerebbe, per coerenza, escludere ogni cangiamento nella legge per opera di un Diritto popolare più recente, ossia di consuetudini abrogatorie. Ma se amendue le maniere di formazione del Diritto riconosciamo di valore uguale e del pari indipendenti, chiaro n' emerge che la forza naturale e progressiva del Diritto popolare non può venir meno per l' accidente dell' essere alcun suo principio stato raccolto nella legislazione.

Della legge, oltre al contenuto di che abbiamo fin qui ragionato, si vuol prendere in particolar esame anche la forma, la quale è determinata tanto dalla sua derivazione

Digitized by Google

dal supremo potere, quanto dall' autorità assoluta con cui deve imperare. Alla origine che ha, ed all' efficacia che aver deve, opportunamente risponde una forma astratta di regola e precetto. Tutto il resto che vi potesse essere aggiunto, esposizione, dimostrazione ed argomenti atti ad indurre convincimento è straniero alla natura della legge ed appartiene ad altro ordine d' idee. E da ciò tuttavolta nasce una disarmonia tra la legge e l' instituto di Diritto, la natura organica del quale, da codesta forma astratta non può compiutamente essere svolta. E però, affinchè lo scopo della legge non fallisca, conviene che il legislatore abbracci nella sua mente tutta la estensione e l' intima essenza dell' instituto di Diritto e dalla contemplazione di esso, col magistero dell' arte, desuma l' astratta disposizione della legge; mentre di rincontro chi applica la legge dee con un opposto metodo ricomporre quel tutto organico, di cui la legge non offre che un solo ritaglio. Tanto minore riesce la notata disarmonia e minore la conseguente necessità di ricorrere all' arte, quanto meglio la legge adempie al doppio assunto d' integrare, e sussidiare il Diritto, perocchè ambi codesti assunti sono essenzialmente pur essi di natura astratta e quindi colla forma astratta della legge, vengono più facilmente adempiuti.

Digitized by Google

§ 14.

Diritto scientifico.

È proprio dell' andamento naturale dei popoli che col progredire della civiltà si dividano gli ufficii e le cognizioni onde ne sorgono separate classi adoperanti le loro forze a scopi diversi. E però, coll' ampliarsi delle moltiplici relazioni occorrenti nel consorzio civile, il Diritto, che in origine era un bene comune di tutto il popolo, acquista una estensione, che lo rende non più accessibile all'universale. Allora si fa innanzi la classe speciale dei giureconsulti, la quale rappresenta in questo campo intellettuale il popolo di cui è parte. Nella coscienza speciale di questa classe il jus non è altro che una continuazione ed un nuovo svolgimento del Diritto popolare, per cui, duplice allora si rappresenta la sua maniera di essere; cioè, quanto a' principii fondamentali, continua a vivere nella coscienza comune del popolo, quanto poi al miglior modo di elaborarlo ed applicarlo al particolare, è messe speciale dei giureconsulti.

Il gradato svilupparsi di questa classe, ritrae dal modo esteriore ond' ella procede nell' opera sua. Da principio i giureconsulti si restringono a dare consigli in questo o quel caso, ora con pareri sulla decisione di una controversia (*a*), ora con istruzioni sulle forme necessarie alla solennità di qualche atto. Come primi saggi di lavori dottrinali vi s' in-

(*a*) Prima i consulti verbali degli *advocati* in giudizio, più tardi i *responsi* in iscritto.

Digitized by Google

contrano d'ordinario ad un tempo module ed istruzioni pratiche per la esatta compilazione di atti solenni. Indi, a poco a poco, procede innanzi l' opera dell' intelligenza e viene a formarsi la dottrina. La quale parte si manifesta in forma teorica con dissertazioni giuridiche, quando orali e quando scritte, e parte in forma pratica con giudicati di Tribunali, che si distinguono dagli antichi giudizii popolari per la coltura scientifica dei loro membri e per le tradizioni che si stabiliscono ne' collegi permanenti.

Si può quindi distinguere nei giureconsulti una doppia maniera d' agire, l' una materiale, in quanto che assorbono nella massima parte l' attività intellettuale giuridica del popolo e la esercitano continuamente quali suoi rappresentanti; ed una formale, puramente scientifica, in quantocchè, accolto il Diritto in genere, senza distinzione d' origine, lo traducono ed espongono in forma scientifica. In questo secondo riguardo l' ufficio de' giureconsulti è piuttosto subordinato, ricevendo essi, quale viene loro offerto, il soggetto su cui versano i loro studii. Per altro siccome la forma scientifica data al soggetto delle loro disquisizioni tende a svelare e integrare l' unità, così ne sorge una nuova vita organica, la quale di ricambio feconda la stessa materia di quegli studii; e per tal guisa la scienza diviene un nuovo elemento appartenente alla formazione del Diritto. Ognuno comprende a prima vista l' utilità e l' importanza di questo sussidio che la scienza porge al Diritto; ma la cosa non procede senza pericoli. In sui primordi i giureconsulti romani tentarono di regolare parecchie relazioni di Diritto,

Digitized by Google

raccogliendole sotto generali formole, le quali andarono trasmettendosi per tradizione e conservarono per lungo tempo grande autorità; e molte in ispecie ce ne riferisce Gajo, Ma essi medesimi (e colle loro parole Giustiniano) fanno osservare i pericoli procedenti dall' accettarle troppo servilmente (*b*) ed avvertono doversi quelle formole avere come tentativi di compendiare il Diritto e unificarne l' espressione, non come altrettanti principii fondamentali di esso (*c*). Nei tempi moderni la elaborazione scientifica divenne più estesa, più varia e più potente; ed in ciò appunto stà il grande pericolo della Codificazione, perocchè i codici universali rendendo immutabile lo stato del diritto contemporaneo impediscono le mutazioni e i perfezionamenti che vi porterebbe il progresso della scienza.

Considerando in particolare l'attinenza de' giureconsulti colla legislazione vari ne sono gli effetti. Hanno parte i

(*b*) L. 102. de R. J. (L. 17.) » Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum (rarum) est enim, ut non subverti possit. »

(*c*) L. 1. de R. J. (L. 17.) « Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat... quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. » Ciò significa che per amore della regola, non conviene sagrificare una disposizione concreta, evidente. E qui occorre l' assioma: nessuna regola senza eccezione; ma in tal caso quello che noi chiamiamo eccezione non è veramente altro, che il riconoscimento di una incompleta proposizione della regola. D'altra natura sono le prescrizioni del legislatore compilate in forma di regole generali e in queste dobbiamo essere più guardinghi nell' ammettere eccezioni.

Digitized by Google

giureconsulti nella legislazione e porgendole, insieme col primitivo Diritto popolare, quello nel loro grembo elaborato, ed arrecandovi la loro coltura scientifica secondo il grado della respettiva loro influenza. Oltracciò trattano essi le leggi formate, e le introducono nella vita pratica. Imperocchè la libertà e varietà delle forme, entro cui possono aggirarsi, dà loro campo di esporre la regola astratta della legge nell' intima sua relazione coll' istituto di Diritto, dalla cui contemplazione procedette appunto la legge, comechè non vi apparisca visibile (§ 13.) Così per opera della scienza, la legge ha più facile e più sicuro l' impero sugli atti della vita.

Molto varia è pertanto la influenza de' giureconsulti sul Diritto positivo: sebbene siasi da taluno sostenuto che questa classe se l' abbia incompetentemente arrogata. Il quale rimprovero sarebbe fondato, se i giureconsulti volessero formare una casta inaccessibile a nessun altro; ma siccome può diventar giureconsulto chiunque vi abbia attitudine, noi attribuendo loro la detta influenza, non facciamo altro se non sostenere che coloro, i quali dedicano gli studii al Diritto, possono per la superiorità delle loro cognizioni tecniche esercitare, sovr' esso il Diritto, un' influenza maggiore degli altri.

A questa specie particolare della formazione del Diritto, io dò il nome di *Diritto scientifico*: da altri chiamato *de' giureconsulti.*

Parlando della coltura intellettuale come condizione del Diritto scientifico non intendiamo alludere esclusivamen-

Digitized by Google

te a un sommo grado di progresso della scienza, mentre può bastarvi talvolta anche una coltura incipiente. Ogni dichiarazione più esplicita sarebbe qui evidentemente impossibile. Ma ciò che importa molto più d'osservare, si è che un consimile effetto, sebbene in proporzioni più limitate, può derivare anche dalla costituzione politica dello Stato, allorchè per essa sia dato ad una classe speciale di cittadini il vantaggio di conoscere il diritto a preferenza di ogni altra classe. Così vediamo a Roma ammessa una *Prudentium auctoritas* in tempi, ne' quali non eravi ancora una pur menoma traccia di bisogno scientifico; locchè ha relazione colle cognizioni riserbate esclusivamente ai pontefici, non che ai privilegii de' patrizii (*d*).

§ 15.

Dei fonti di Diritto nel loro complesso. Natura e derivazione della loro consistenza.

Da quanto abbiamo fin qui dimostrato risulta che in origine ogni Diritto positivo è Diritto popolare, e che a compierne e sussidiarne la primitiva formazione, gli va compagna (spesso assai di buon'ora) la legislazione. Associandovisi col procedere della civiltà la giurisprudenza, il Diritto popolare acquista nella legge e nella scienza due organi, ciascuno de' quali ha sua vita propria. E quando

(*d*) L. 2. § 5, 6, *de orig. jur.* (1, 2).— Non è qui il luogo di esaminare qual grado di verità debba attribuirsi a questa asserzione storica.

Digitized by Google

coll' andar del tempo, la forza creatrice del Diritto viene a mancare nella totalità del popolo, continua però a sussistere in questi organi. Allora però il Diritto popolare primitivo, non è per lo più riconoscibile nella sua forma originaria, giacchè le maggiori e più importanti parti ne vengono elaborate dalla scienza e dalla legislazione, e soltanto attraverso di esse appariscono. Ond' è che può accadere che il Diritto popolare rimanga, come a dire, coperto dalla legge e dalla scienza, nelle quali pur continua a vivere e di leggeri per tal modo ne vada posta in oblio e sconosciuta la vera origine del Diritto positivo (*a*). La legislazione in ispecie ha nel suo potere esteriore una preponderanza che

(*a*) Questo occultarsi della formazione originaria del Diritto in forza di forme posteriori assunte dalla materia di prima si mostra specialmente in un linguaggio costante del Diritto romano più tardo. Prima s' indicavano quali fonti di Diritto le *leggi*, i *plebisciti*, i *Senatus consulti*, ec. Tutto ciò era già da lungo tempo passato negli scritti dei celebri giureconsulti; a fianco di questi sussistevano soltanto le leggi imperiali il cui numero andava sempre più aumentandosi. Perciò allora dicevasi che tutto il Diritto consisteva in *leges* o *constitutiones* (leggi imperiali) ed in *jus* o *prudentia* (le opere legali). Così è detto in varii passi del *Commenitorium*, a capo del Breviario Visigoto. *Int. L.* 2, *C. Th. de doct.* (3, 13), *Int. 7. un C. Th. de resp. Prud.* (1, 4.) *Int. Cod. Greg. II*, 2, 1. — *Edictum Theodorici in epilogo.* — *Proem. Inst.* § 2, 4. *Const. Deo auctore* § 1, 2, 9, 11. *Const. Cordi, pr.* § 1, *L.* 5, *C. quorum appel.* (7, 65) *Justiniani Sanctio pragmatica*, § 11. — Del pari tutto il Diritto inglese s' appoggia ad una doppia base, la *statute law*, e la *common law*; gli atti del Parlamento sono per gl' inglesi ciò che erano le leggi imperiali pei romani.

Digitized by Google

può facilmente dar luogo all' abbaglio di considerarla come l' unica sorgente vera del Diritto, e di risguardare tutto il resto come un subordinato elemento sussidiario o surrogato. Ma prospera non può dirsi la condizione del Diritto se non là, dove le due forze creatrici di esso procedano armonicamente, sicchè l'una non ne vada al tutto separata dall' altra. E siccome la legislazione e la scienza sono l'opera di uomini, che vi dedicano avvertitamente lo studio, molto importa che sia bene stabilito e raffermato il giusto concetto dell' origine del Diritto positivo e della vera relazione delle diverse forze che lo producono.

Questo intimo legame della legislazione e della giurisprudenza col Diritto popolare, il quale serve all' una ed all' altra di base, rende tanto più necessario di esaminare con maggior studio la consistenza del medesimo diritto popolare. Noi troviamo in esso due elementi: uno individuale proprio in particolare di questo o quel popolo, l'altro generale, fondato sui caratteri comuni della umana natura. Ambi sono scientificamente riconosciuti e valutati così nella storia come nella filosofia del diritto. Tra coloro che s' addentrarono nella investigazione della natura del Diritto, non pochi ne considerarono l' idea come alcun che di per sè sussistente, senza punto curarsi delle forme che il diritto assume nella realtà della vita nè dell' influenza di tali forme. Ma di rincontro, anche coloro che cercarono di dare al loro sistema scientifico una base determinata in ordine alla realtà finirono sovente col trattare il Diritto da un sol lato e incompiutamente, siccome quelli che de' sopravver-

Digitized by Google

titi due elementi, non presero in considerazione che un solo; altri, riguardando il contenuto del Diritto come cosa accidentale e indifferente, e accontentandosi di accettare i fatti come tali; altri ponendo al di sopra d' ogni Diritto positivo un Diritto assoluto e, come dire, archetipo, cui tutti i popoli potrebbero vantaggiosamente prendere in luogo del loro diritto positivo. Questi ultimi tolgono la vita al Diritto, gli altri ne disconoscono l' altissimo assunto. Ad evitare ambedue i pericoli, noi assegniamo al Diritto uno scopo generale, che da ciascun popolo, secondo le condizioni storiche dell' esser suo, viene in differente modo speciale adempiuto. La viva discussione delle opposte dottrine, servì certamente a vieppiù chiarirne e metterne in risalto le discrepanze; ma per effetto di parzialità trasse in pari tempo a disconoscere ciò che di vero elemento si conteneva nelle opinioni avversate. Accade, infatti, non di rado che in disquisizioni apparentemente circoscritte a' particolari, si appalesi l' intelligenza del tutto, e una estimazione degli instituti di Diritto adeguata alla loro alta importanza, come d' altro canto in ricerche affatto generali può trovarsi un profondo apprezzamento delle condizioni di fatto dei popoli. Prescindendo dalle esagerazioni dello spirito di parte (cosa vana e peritura) e considerando alle tendenze scientifiche de' nostri tempi, potremmo nutrire il consolante pensiero che le opinioni opposte si andassero ravvicinando, cosicchè l' età nostra s' incamminerebbe in una via di vero progresso.

Quell' elemento generale, che come dicemmo, è co-

Digitized by Google

mune ad ogni Diritto ha sua radice nella destinazione morale della umana natura secondo la idea cristiana, perocchè il cristianesimo, non solamente per noi, è norma della vita: esso in realtà trasformò il mondo tutto, sicchè ogni nostro pensiero, per quanto sembrar gli possa estraneo, e perfino ostile, ne è però dominato e tutto compreso. Collo assegnare al Diritto uno scopo così generale, non è a dire che venga diffuso in un campo più vasto o privato della sua propria consistenza: mentre in questo modo il Diritto viene piuttosto a formare uno speciale elemento, concorrente a quello scopo generale, tenendo non pertanto assoluto il dominio nella sua cerchia, e, dalla coordinazione al tutto, ritraendo anzi un colore di verità più spiccato. Assegnatovi quell' unico scopo, null' altro vi abbisogna, nè fa punto di mestieri associargliene un secondo al tutto differente, col nome di pubblico bene: ed è superfluo ammettere, oltre al principio morale, un principio di economia politica, da quello indipendente. In fatti, tendendo questa ad allargare il nostro dominio sulle forze naturali, non può se non voler accrescere e nobilitare i mezzi idonei a raggiugnere gli scopi morali della umana natura. Locchè non costituisce un nuovo scopo.

Considerato, sotto questo aspetto, il Diritto positivo dei differenti popoli, troviamo che nella creazione del Diritto i due elementi, in esso operanti, non sono in gran parte diversi; chè anzi ne sorge la identica forza creatrice. Non di rado però stanno precisamente l' un contr' all' altro, combattonsi e circoscrivonsi a vicenda, forse per essere più

Digitized by Google

tardi unificati. In siffatta antitesi, l'elemento particolare o nazionale e tutte le particolarità logicamente da esso figliate, appaiono nella *semplice lettera del diritto (jus strictum, ratio juris)* (*b*); entro la qual cerchia il Diritto è incompiuto e limitato, ma pure ha l'attitudine ad arricchirsi sempre più dei principii generali, conformi alla sua natura, e di allargare per essi la propria sfera. — Varia similmente è la forma, sotto cui ci apparisce l'elemento generale. Ci si mostra nella maggior sua purezza e direttamen e, allorchè vi prepondera la natura morale del Diritto; come nel riconoscimento della dignità morale, e libertà eguale in ciascun uomo, nella protezione di questa libertà per mezzo degli instituti di Diritto, in tutte le pratiche conseguenze derivanti dalla natura e dallo scopo di questi instituti, in ciò, in somma, che i moderni chiamano *la natura delle cose (equitas o naturalis ratio)*. Non puro e velato l'elemento generale del Diritto ci appare: 1. in quanto ha riguardo a scopi morali estranei alle materie strettamente giuridiche *(boni mores)* e, nel diritto più recente, anche a scopi ecclesiastici; 2. nell'esservi preso in considerazione l'interesse dello Stato

(*b*) Citiamo qui i termini tecnici romani, non per istabilire storicamente le idee de' Romani; ma per rendere più perspicua questa esposizione generale, richiamando espressioni tecniche conosciute. Nel § 22 mostreremo come questi principii si combinino colle idee fondamentali, dominanti presso i Romani, sull'origine del Diritto. — La loro coerenza logica è assai precisamente espressa nel passo seguente: L. 51, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2): « Multa autem jure civili, *contra rationem disputandi*, pro utilitati comuni recepta esse. »

Digitized by Google

(*publica utilitas, quod reipublicae interest*), 3. nella paterna provvidenza a vantaggio di singoli individui (*ratio utilitatis*) qual, verbigrazia, si appalesa nelle facilitazioni accordate al commercio, nella protezione contro certi pericoli accordata ad alcune classi, come le donne e i minori, ec. In ordine a queste distinzioni gli elementi generatori del Diritto si possono determinare nel modo seguente. O concernono puramente il campo del Diritto (*jus strictum* ed *aequitas*), o si fondano in pari tempo sulla cooperazione di altri principii non appartenenti a quel campo, benchè lo scopo generale ne sia comune (*boni mores* ed ogni specie di *utilitas*).

Il riconoscimento dei due elementi d' ogni Diritto positivo, l' elemento generale e l' individuale, porge, in pari tempo, alla legislazione un assunto nuovo e più alto. In fatti appunto nell' azione reciproca di quegli elementi sta il motivo più importante del progresso del Diritto popolare; laonde tutto in ciò dipende dal fermare con sicurezza lo sguardo nello scopo generale e dal farvisi più dappresso, senza che ne resti indebolita la forza rigogliosa della vita individuale. E qui, per le molte ineguaglianze da togliere e i molti ostacoli da vincere, il potere legislativo può porgere il più benefico aiuto all' opera invisibile dello spirito popolare. Ma in nessun' altra impresa si richiede tanta circospezione, affinchè da opinioni esclusive o dall' arbitrio, non venga lasciato in disparte il Diritto, che vitalmente s' adopra e sempre innanzi procede. Conviene soprattutto che il legislatore comprenda la vera libertà, il che spesso si desidera,

Digitized by Google

più che in altri, in quelli che l' hanno a preferenza sulle labbra.

§ 16.

Diritto assoluto e suppletorio, normale ed anomalo.

Nell' esame delle parti costituenti il Diritto oggettivo, offronsi due contrapposti, su cui dobbiamo, fin da quest' ora, ver are, perchè hanno una moltiplice influenza sulle dottrin . che saremo per esporre più avanti.

:, primieramente, esaminando la relazione, nella quale le regole di Diritto stanno coi rapporti di diritto, da esse dominati (§ 5), vi troviamo la seguente differenza: una parte di esse domina con una legge di necessità invariabile, senza lasciar campo all' arbitrio individuale; e queste io chiamo regole di Diritto *assolute* od *imperative*. La detta legge, di necessità, può avere il suo fondamento nella natura dell' organismo del Diritto, quale si manifesta nel Diritto positivo: può derivare da scopi politici o di economia pubblica od anche immediatamente da ragioni di ordine morale (§ 15). Un' altra parte, al contrario, lascia libero campo alla volontà individuale, nel cui silenzio soltanto sottentra la regola di Diritto, per dare la necessaria precisione al rapporto di Diritto. E queste regole, che si possono considerare come interpretazioni della volontà non compiutamente espressa, io le chiamo *suppletorie*. Questa antitesi fu assai precisamente riconosciuta dai giureconsulti romani. Per indicare le regole della prima specie, ei si servono, per lo più, del nome di *jus*

Digitized by Google

publicum (*a*): od anche *jus* senz' altro (*b*), di *jus commune* (*c*) o *juris forma* (*d*). Non di rado dichiarano nominatamente la ragione, per cui la regola è collocata nella prima classe, verbigrazia, per l' interesse dello Stato (*e*), o pe' buoni costumi (*f*). Le regole della seconda specie, la cui natura spicca principalmente dalla loro opposizione colle prime, non sono contraddistinte con termini così precisi (*g*). Da siffatte idee è desunta la divisione, che i moderni fanno delle leggi in imperative, proibitive e permissive (*h*). La quale divisione

(*a*) L. 38, de pactis (2, 14), L. 20, pr. de relig. (11, 7), L. 12, de op. lib. (38, 1), L. 45, § 1, de R. J. (50, 17), etc.

(*b*) L. 12, § 1, de pactis dot. (23, 1), L. 27, de R. J. (50, 17.)

(*c*) L. 7, § 16, de pactis (2, 14.)

(*d*) L. 42, de pactis (2, 14), L. 114, § 7, de leg. 1, (30), L. 49, § 2. de fidej. (46, 1.)

(*e*) L. 27, § 4, L. 7, § 11, de pactis (2, 14), pubblica causa, res pubblica.

(*f*) Consultatio § 4, in varii passi.

(*g*) Res familiaris, privata, ad voluntatem spectans: L. 7, § 14. L. 27, § 4, de pactis (2, 14.) L. 12, § 1, de pactis dot. (23, 4.) L. 27, de R. J. (50, 17.) — Della differenza tra queste due specie di regole di Diritto tratteremo nel capitolo IV.

(*h*) Glück, I, § 14. — Ciò che diede motivo a questa divisione è la L. 7, *de leg.* (1, 3), nella quale ha un membro di più. « Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire. » Qui però si volle indicare soltanto i principali effetti della legge, e non porre le basi d' una classificazione.

Digitized by Google

però vuol essere censurata, innanzi tutto, perchè fu ristretta alle sole leggi, mentre la medesima antitesi può riscontrarsi anche nel Diritto consuetudinario. In secondo luogo, perchè le leggi imperative e le proibitive si distinguono soltanto per la forma logica affermativa o negativa; elemento non abbastanza importante per servire di base ad una separazione. Da ultimo, perchè nelle leggi della terza specie trattasi non tanto di una permissione data dal legislatore, quanto piuttosto di supplire ad una disposizione manchevole. Il permettere non potrebbe avere in genere un significato, se non quando si riferisse ad un presupposto divieto; sia che avesse per oggetto di togliere del tutto l'interdizione, o soltanto di limitarla. Ed in fatti il titolo di permissive si applica di preferenza a quelle leggi, le quali riconoscono, in determinate persone, una capacità di agire, ossia, più propriamente ne negano la incapacità. Fra' termini tecnici, di cui sopra abbiamo tenuto discorso, quello di *jus publicum* merita un più attento esame, perchè la moltiplicità de' suoi significati fu causa che venisse più volte franteso. *Jus publicum* è in generale sinonimo di *populicum*, ciò che ha relazione col *populus*. Questa idea fondamentale conduce alle seguenti varietà. In primo luogo, si può intendere il *populus romanus* (e questo ne è l'ordinario significato), o il *populus* di una data città (*i*). In secondo luogo, il *publicum* può risguardare il *populus*, preso nel suo complesso (come l'*ager publicus*, la *bonorum publicatio*, ec.), o tutti i membri di esso presi

(*i*) L. 15, de V. S. (50, 16), L. 16, cod. L. 9, de usurp. (41, 3.)

Digitized by Google

singolarmente (come le *res publicae* destinate all'uso comune di tutti) (*k*). Per quanto concerne poi particolarmente il *publicum jus*, si possono con siffatto termine indicare varie relazioni affatto diverse del *jus* col *populus*. Così *publicum jus* può significare innanzi tutto il Diritto pubblico, cioè le regole di Diritto, che hanno per oggetto il *populus* (§ 9, *a*); inoltre, tutte in genere le regole di Diritto (costituenti il Diritto oggettivo), che traggono la loro origine dal riconoscimento del *populus* (§ 7, 8) (*l*); finalmente quelle regole del Diritto privato, alle quali il *populus* ha un interesse (*publice interest, publica utilitas*), e le quali, per ciò appunto, sono superiori alla volontà individuale, cioè, le regole assolute di Diritto (nota *a*). La parola *publicum jus* non viene però applicata soltanto alle regole di Diritto (cioè al Diritto oggettivo), ma bensì anche a' diritti attribuiti ai singoli individui (al Diritto soggettivo). Così chiamasi *publicum jus* il diritto di ognuno all'uso comune dei fiumi, e delle strade pubbliche (*m*); similmente diconsi *publica jura* i diritti spettanti agl' individui d'una data classe, come p. e.

(*k*) L. 5, pr. de div. rer. (1, 8), L. 7, § 5, L. 14, pr. L. 30, § 1, L. 65, § 1, de adq. rer. dom. (41, 1), L. 6, pr. L. 72, § 1, de contr. emt. (18, 1), L. 45, pr. de usurp. (41, 3.)

(*l*) L. 8, de tut. (26, 1), L. 77, § 3 de cond. (35, 1), L. 116, § 1, de R. J. (50, 17). L. 8, 14, C. de Judaeis (1, 9.)

(*m*) L. 1, § 16, 17, L. 3, § 4, L. 4, de O. n. n. (39, 1.) È simile la L. 40, ad L. J. de adult. (48, 5.)

Digitized by Google

ai senatori, ai membri de' comizii, ec. (*n*). Il non aver posto mente a questi varii significati affini, ma però differenti, diede occasione non di rado a gravi errori (*o*).

Un' altra antitesi sorge dalla diversa provenienza delle regole di Diritto, secondo che derivano dal campo del Diritto propriamente detto (sia esso *jus* o *aequitas)*, o da un campo eterogeneo (§ 15). Le regole della seconda specie, introducendo nel Diritto elementi stranieri, ne modificano la purezza dei principii, e vanno in questo senso *contra rationem juris* (*p*). Io le chiamo perciò *anomale :* i Romani le dicono *jus singulare*, e ne deducono l' origine dalla *utilitas* o *necessitas*, differente dal Diritto (*q*). Il Diritto derivato dal

(*n*) L. 5, § 2, L. 6, *de cap. min.* (4, 5.)

(*o*) Da ciò trasse, nella massima parte, origine l' opera di Burchardi intitolata: *Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt.* Bonn. 1822. Egli considera tutti i diritti personali come *jus publicum,* i diritti reali come *jus privatum*, e le azioni come un misto di ambedue. Questa base della sua opera mi sembra erronea, ma la sagacità, con cui l' autore la sviluppa, rende il suo libro assai istruttivo.

(*p*) L. 14, 15, 16, *de leg.* (1, 3), L. 141, *pr. de R. J.* (50, 17.) — In sostanza questo è il principio fondamentale esposto già da Thibaut *Versuche* II, N. 13.

(*q*) L. 16, *de leg.* (1, 3), « Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. » La parola *jus singulare* trovasi altresì nella L. 23, § 3, *de fid. lib.* (40, 5), L. 23, § 1, L. 44, § 1, *de adqu. poss.* (41, 2), L. 44,

Digitized by Google

terreno del Jus propriamente detto, io lo chiamo *normale*; i Romani non gli danno d'ordinario un nome speciale; talvolta però noi lo troviamo sotto l'appellazione di *jus commune* (*r*). La denominazione, che s'incontra il più sovente usata presso i Romani per indicare il *jus singulare*, è quella di *privilegium*. Così vediamo denominarsi privilegii, le prerogative dei militi nel testare (*s*), le scuse che esentano certe persone dalla tutela (*t*), e con maggior frequenza le

§ 3, *de usurp.* (41, 3). L. 15, *de reb. cred.* (12, 1.) (« Singularia quaedam recepta. ») — L'*utilitas* (vedi sopra § 15), come causale anche nella L. 44, § 1, *de adq. poss.* L. 2, § 16, *pro emt.* (41, 4.) — La *necessitas* (in sostanza non diversa dalla *utilitas*) nella L. 162, *de R. J.* (50, 17.) — Il *jus singulare* è detto talvolta *benigne receptum* L. 34 *pr. mandati* (17, 1). Vedi Brissonius v. *benigne* e *benignus*. — In varii altri passi questo Diritto singolare, puramente positivo, è intitolato *jus constitutum* cioè senza riferirne l'origine alle costituzioni imperiali. L. 25 *de don. inter v. et ux.* (24, 1). — L. 1, *rer. am.* (25, 2). — L. 20, § 3 *de statu lib.* (40, 7). L. 94, pr. § 1 de cond. (35, 1). *Alciati parerg.* VII, 26. (Altrove però *jus constitutum* significa il Diritto delle costituzioni imperiali. L. 1, § 2 *quae sent.* 49, 8. È incerto il senso di quest'espressione nei *Fragm. Vat.*, § 278 e nella L. 22, C. *de usur.* 4, 32). — Il contrapposto del diritto singolare (*jus constitutum*) dicesi allora *jus vulgatum*. L. 32, § 24 *de don. int. vir. et ux*, (24. 1).

(*r*) L. 15, *de vulg.* (28, 6).

(*s*) L. 15, *de vulg.* (28, 6), L. 40 *de admin.* (26, 7).

(*t*) L. 30, § 2 *de excus.* (27, 1). *Fragm. Vatic.* § 152. Ma in questi siffatto termine non è frequente.

Digitized by Google

priorità accordate a certi creditori nel concorso (*u*) cioè, al fisco, ai minori, alle mogli per titoli dotali, ec., quindi, tra gli altri, anche a quei creditori, che più tardi ottennero il vantaggio d' un diritto tacito di pegno (*v*). In tutti i quali casi *privilegium* è precisamente ciò, che testè indicammo col nome di *jus singulare*. Addentrandoci in un più profondo esame del carattere di questo *jus singulare*, noi veggiamo, che esso è un Diritto puramente positivo, tanto che per lo più ne ripete l' origine dalla sola volontà del legislatore (*w*); talvolta, sebben più di rado, proviene da antichi costumi nazionali, e allora l' origine n' è avviluppata nel buio del tempo; tale sarebbe p. e. il divieto delle donazioni tra coniugi, il quale si fonda sopra considerazioni morali, anzichè sopra un principio di diritto (*x*). Inoltre il Diritto anomalo, posto a confronto col Diritto normale, ha con esso la relazione logica della eccezione verso la regola; ma questa relazione è puramente intellettuale, nè in essa sta l' essenza della cosa. Finalmente, il Diritto anomalo (pel suo carattere di eccezione) ci apparisce sempre limitato a certe classi di persone, di cose, o d' affari; ma questa qualità innanzi

(*u*) Così in tutto il titolo *de reb. auct. jud.* (42, 5), specialmente nella L. 24, § 2, 3, e nella L. 32. Ivi diconsi *privilegiarii*.

(*v*). Il termine di ipoteche privilegiate sì frequente nei tempi moderni non era usato dai romani.

(*w*) *Auctoritate constituentium* vedi nota *q*.

(*x*) L. 1 *de don. int. vir.* (24, 1).

Digitized by Google

[illegible]

[illegible] — Per [illegible] [illegible] [illegible]

bero esempii del secondo, le importanti disposizioni del nuovo Diritto romano concernenti gli eretici e gli ebrei. Dal fin qui detto, appare l'idea del *jus singulare* essere astratta e non istorica. Può peraltro assumere il *jus singulare* un carattere storico, qualvolta un principio, in origine straniero al diritto, vi venga assimilato per modo, che quello, che prima era *utilitas*, venga col volger del tempo ad essere tenuto in conto di *ratio juris*. Così avvenne fuor di dubbio nell' acquisto del possesso coll' intermezzo di persone libere, e sembra che così parimenti passasse la cosa, riguardo ai diritti singolari *(singularia)* del mutuo (*z*).

Grande sorgente d'errori in questa dottrina si fu l'aver confuso il *jus singulare* con quanto oggidì sogliamo chiamar *privilegii*, cioè, coll' esenzione dalle regole di diritto accordata a certe persone dal potere supremo dello Stato. Per ispargere luce sull' argomento convien distinguere con precisione l'importanza delle idee dalla nomenclatura (*aa*).— Le prefate esenzioni individuali, non essendo generalmente parte integrante del Diritto comune, rimangono totalmente distinte dal *jus singulare*. Con questo hanno comune la natura d' essere eccezione ad una regola ed il ripetere la loro origine unicamente da una dichiarazione del potere legislativo. Ma il secondo punto di rassomiglianza è accidentale

(*z*) L. I, C. *de adqu. poss.* (7, 32), L. 53, *de adqu. rer. dom.* (41, I,) L. 15, *de reb. cred.* (12, I.)

(*aa*) Di questi diritti in particolare sarà fatta parola, allorchè tratteremo dell' applicazione delle leggi.

Digitized by Google

e non assoluto, perocchè i privilegii possono derivare anco da un contratto. — Quanto alla nomenclatura, invece, la cosa procede a questo modo. Nella lingua più antica le eccezioni individuali, di cui parliamo, chiamansi effettivamente *privilegia* (*bb*). Nei nostri fonti di Diritto all' incontro *privilegium* è l'ordinaria denominazione tecnica del *jus singulare*, e, come osservammo superiormente, s' incontra in un gran numero di passi. Di rado, invece, vi troviamo mentovate le eccezioni individuali ed ove n' è fatto cenno, non sono espresse con un termine tecnico regolare, ma ora le troviamo significate per via di circonlocuzione (*cc*), ed ora dette *personales constitutiones*, od anche *privata privilegia* (*dd*).

(*bb*) Così in varii passi di Cicerone (Ernesti, v. *privilegium*) Gellio, X 20. — Vedi Dirksen *Civilistische Abhandlungen*, vol. I. p. 246 e seg.

(*cc*) L. 3, *in f. C. de leg.* (I, 14), Const. *Summa*, § 4.

(*dd*) L. I, § 2, *de const. princ.* (1, 4.) L. 4, C. Th. *de itin. mun.* (15, 3,) Vedi § 24.

Digitized by Google

CAPITOLO III.

Fonti del Diritto romano attuale.

§ 17.

A. *Leggi.*

Quello che abbiamo detto finora sulla natura dei fonti di Diritto in generale (§ 4-16), deve ora applicarsi al Diritto romano attuale, che costituisce il particolare assunto di quest' opera (§ 1-3). Determineremo pertanto la posizione speciale, che è fatta alla legislazione, al Diritto consuetudinario, ed al diritto scientifico come fonti del Diritto romano attuale.

Quanto a leggi ci si presentano innanzi tutte le quattro parti della legislazione di Giustiniano, che noi sogliamo chiamare col nome complessivo di *Corpus Juris*, cioè, le Istituzioni, le Pandette, il Codice e le varie Novelle, che a mano a mano vi susseguirono (*a*); sempre però nell'estensione e nella forma speciale, che ricevettero nella scuola di Bologna. Tali in fatti soltanto erano conosciute, allorchè quella scuola diffuse per tutta Europa il Diritto romano, come Jus comune; e quando quattro secoli dopo, a' primi fonti ne furono aggiunti progressivamente di nuovi, quelli avea-

(*a*) La storia e la parte letteraria di questi fonti appartengono alla storia del Diritto: qui si tratta soltanto di vedere, quali si possano considerare come Diritto ancora in vigore.

Digitized by Google

no per tanto tempo e sì generalmente acquistato un esclusivo dominio, e s'erano così profondamente radicati nella pratica, che le nuove scoperte non poterono più servire se non ad un uso scientifico. E questo è altresì l'unico motivo, per cui il Diritto antigiustinianeo fu, con universale consenso, escluso da qualunque applicazione. Sarebbe incoerenza non assegnare i medesimi limiti anche al Diritto Giustinianeo, ove accada di considerarlo esso stesso come fonte. Perciò sono esclusi i testi greci del Digesto, in luogo dei quali abbiamo le traduzioni ricevute dalla scuola di Bologna: così del pari le restituzioni di poco rilievo del Digesto e quelle molto più importanti del Codice. Così delle tre raccolte di Novelle, pervenute sino a noi (*b*), deve riconoscersi la sola, che noi chiamiamo *Authenticum*, ed anche questa nel compendio datocene dalla scuola bolognese col nome di *Vulgata* (*c*). Per la stessa ragione dobbiamo d'altro canto riconoscere nel Codice la maggior estensione che ricevette, per le aggiunte fattevi dalla scuola di Bologna, delle Autentiche provenienti dagli imperatori Federico I e Federico II, non che per l'aggiunta delle Autentiche molto

(*b*) Raccolta delle 168, Giuliano e *Liber Authenticorum*. Biener, *Geschichte der Novellen Justinians*. Berlino, 1824, 8.

(*c*) Biener, p. 258, 259. — Quantunque alcuni giureconsulti, benchè assai rari, siano stati di diverso avviso su questo punto (Mühlenbruch, I, § 18) la cosa non può risguardarsi come dubbia. Abbandonando questo principio è impossibile non cadere in un arbitrio senza limiti.

Digitized by Google

più numerose di Irnerio (*d*). Per altro l' influenza diretta della scuola bolognese è decisiva, perciò che spetta alla determinazione dei fonti: non riguardo alle dottrine, nelle quali essa non creò mai e nemmeno si propose di creare un sistema esclusivo (*e*); e nemmeno riguardo alla critica dei testi, intorno alla quale i glossatori hanno bensì incontrastabilmente accomunato i loro sforzi, ma pur tuttavia non giunsero a condurre l' opera loro a tal perfezione,

(*d*) Savigny, *Storia del Diritto romano nel medio evo*, volume III, § 195, 196. — Non si può accusarmi di incoerenza se negando più sotto l' autorità della Glossa riconosco qui quella delle Autentiche di Irnerio, benchè queste non fossero altro, se non Glosse per rendere più facile la concordanza tra il Codice e le Novelle. Infatti esse riconoscevansi come testi legali solo in quanto doveano essere semplici estratti senza alcun' aggiunta dell' autore: sicchè consideravasi unicamente come un maggior comodo per lo studio e per le citazioni, quello di potersi appigliare a proprio talento al testo od all' estratto. Ripugnerebbe quindi al senso, nel quale furono ammesse le Autentiche, il voler dar loro un' autorità in confronto del testo delle Novelle.

(*e*) Al contrario di questa opinione, fu sostenuto non aver noi ammesso tanto il *Corpus Juris* fissato dai Glossatori, quanto piuttosto la pratica del Diritto italiano espressa da questi nei loro scritti (Seidensticker *Juristische Fragmente*, p. II, p. 188-194.) Ciò deve, tanto più rifiutarsi in quantochè i Glossatori erano soltanto interpreti i quali non volevano esporre la pratica, ma bensì riformarla. Savigny, *Storia del Diritto nel medio evo*, Vol. V, cap. XLI, N. I. — In quell' errore avvi di vero soltanto, che le dottrine dei Glossatori ebbero certamente non poca influenza sulla pratica del Diritto in Germania.

Digitized by Google

che si potesse mai pensare, non ch'altro, di attribuirvi un'autorità assoluta (f). — Di molto maggior rilievo si è il determinare entro quali limiti, le materie contenute ne' fonti generalmente riconosciuti siano tuttodì applicabili. E qui occorre non soltanto l'importante esclusione del Diritto pubblico (§ 1), ma altresì quella di intieri instituti di Diritto appartenenti al jus privato, come p. e. gli instituti che si riferiscono alla schiavitù, ai coloni ed alla stipulazione. Questa limitazione materiale non vuol essere attribuita al pari dell'altra formale, di cui abbiamo parlato, alla scuola di Bologna, ma piuttosto alla reazione di altri fonti di Diritto, quali il Diritto consuetudinario e la scienza, sul Diritto legislativo. Chè anzi non fu sempre generalmente riconosciuta, e soltanto allo spirito critico della scienza giuridica de' tempi nostri, riuscì di bandire l'erronea applicazione che spesso per l'addietro volea farsi in ogni cosa del Diritto romano. Quanto i glossatori segnatamente inchinassero a disconoscerne non di rado que' naturali confini, il vediamo negli sforzi che facevano sotto l'imperatore Federico I, di consolidare l'autorità imperiale coll'applicazione del Diritto romano.

I limiti da noi assegnati al Diritto romano, ricevuto come legge, non mancarono d'incontrare opposizione in quanto escludono le parti del *Corpus juris* non glossate e le restituite. Siffatta esclusione, però, è appoggiata dalla più parte degli autori teorici e pratici, i quali risguardano co-

(f) Savigny *loc. cit.*, § 175, 176.

Digitized by Google

me un assoluto errore ogni declinazione dal proposto principio (*g*). Tra i partigiani della contraria opinione, alcuni giunsero perfino ad attribuire forza di legge anche alle Novelle dell' imperatore Leone VI (*h*), senza considerare che al tempo del suo dominio (verso l' anno 900), la signoria degl' imperatori greci in Italia essendo già da lungo tempo cessata, mancava ogni via per la quale le loro leggi potessero, come quelle di Giustiniano, a noi pervenire. Maggiore apparenza di verità ha l' opinione di quelli, che si circoscrivono a dar forza di legge alle parti restituite del Diritto Giustinianeo, od anche solo ad alcune di esse, od almeno risguardano la quistione come dubbia (*i*). Il loro argomento è che siccome la forza di legge, attribuita alle edizioni glossate,

(*g*) Lauterbach, *Proleg.* § V, num. 6, 7. Eckhard, *Hermeneut,* § 282. Brunnquell, *Hist. J.* II, 9, § 22. Zepernick, in seguito a Beck, *de Novellis Leonis.* Hal. 1779, p. 552 e seg. Glück I, § 53, 56. Weber, *Versuche über das Civilrecht*, p. 47-49,

(*h*) Beck *de Novellis Leonis*, ed. Zepernick, Hal. 1779.

(*i*) Beck *loc. cit.* § 48. Mühlenbruch I, § 18. Dabelow *Handbuch des Pandectenrechts,* P. I, § 58. Halle 1816. Quest' ultimo pretende che in antico tutti i testi non glossati non avessero forza di legge, che più tardi, abbandonate le edizioni glossate, rimanessero tuttavia senza forza di legge le Novelle senza glossa, mentre fu ammessa l' autorità degli altri testi non glossati (p. 199-200.) Egli dice, inoltre, che le così dette *leges restitutae* non sono applicabili nella pratica (p. 201), sicchè per queste non distingue l' uso antico dal nuovo. Questa opinione ha di originale la distiuzione, che fa tra i testi non glossati ed i restituiti; mentre nel fatto, essi differiscono fra di loro, quanto il Digesto e le Pandette.

Digitized by Google

procedeva dall' uso esclusivo di esse; così abbandonate quelle e sostituitevi edizioni più complete (quale p. e. quella di Gotofredo), convenisse risguardare per ricevuto in ogni parte il testo di queste. Ma nel fatto la cosa non procedette secondo un ordine così materiale e accidentale; che anzi i testi avevano ricevuto forza di legge entro determinati limiti, molto tempo prima che si potesse pensare ad edizioni stampate, o ad una differenza tra esse.

Certo si può dire che l' attitudine e facoltà di attribuire forza di legge ad un testo in confronto di un altro abbiano continuato a sussistere anche nel secolo decimosesto, nel quale avvenne la maggior parte delle restituzioni; ma l' accettazione di qualche parte di leggi è un fatto che non passa occulto e che in pari tempo non avviene senza importanti motivi. Nè tali motivi mancarono ogni volta, che fu accettato un qualche testo; se p. e. il Digesto fosse rimasto incompleto e la scoperta dell' Inforziato fosse avvenuta solo nel decimosesto secolo, ne sarebbe stata difficilmente revocata in dubbio l' accettazione. Tale motivo mancava invece del tutto, riguardo ai passi in quel tempo restituiti, che erano leggi staccate, di un tenore in parte equivoco, o affatto vizioso; ed in realtà non fu mai formalmente sostenuto il proposito di una accettazione di tutti indistintamente i passi restituiti. Perciò potrebbe soltanto dubitarsi non forse l' accettazione di alcuni fra testi restituiti sia avvenuta, per effetto del loro particolare valore. Ciò fu sostenuto nominatamente riguardo alla *L. 4, Cod. de in jus vocando* (restituita da

Digitized by Google

Cujaccio), la quale minaccia della caducità dall' azione ogni domanda, cui possa opporsi l' eccezione della lite pendente; questa legge è citata in un giudicato d' un Tribunale dell' impero e addotta come fondamento d' una comminatoria penale (*k*). Se ciò non provenne da semplice svista, da cui per fermo nemmeno i Tribunali dell' impero aveano il privilegio di andare esenti (*l*), potrebbe

(*k*) Se ne trova un esempio in una decisione del 23 dicembre 1650, della Camera imperiale nel processo Waldeck contro Paderborn e consorti relativo alla contea di Piermont. Questa decisione è ristampata per intiero in Er. Mauritius *de judicio aulico* § 14. (Kilon. 1666, e nelle sue *Dissert. et opusc.* Argent. 1724, 4, p. 337.) Il passo relativo è del seguente tenore: « Noi vi citiamo, perchè vi sentiate condannare in punizione della vostra disobbedienza alla pena della *L. ult.* § *ult. Cod. de in jus voc.* » — Varii scrittori parlano di questo argomento, come se una folla di siffatti giudicati fosse stata proferita da' Tribunali dell' impero, p. e. Andler *jusrisprud. qua publ. qua privata.* Solisbaci, 1672, 4, p. 434. Pütter, *de praeventione,* § 19, 90, 135. Ma ove si voglia risalirne alla fonte, non trovasi di tal genere, se non il solo giudicato testè da noi riferito.

(*l*) E parrebbe appunto che vi fosse stata una svista secondo quanto ne dichiara Uffenbach *de consilio aulico*, C. 12, p. 155: *additur interdum citatio ad videndum se incidisse in poenam, L. ult. C. de in j. voc.... Et quamvis* quod pauci hactenus observarunt, *praedicta L. ult. non authentica sed a Cujaccio restituta,* consequenter spuria sit, *et hinc adeo secure cum illa neutiquam navigari videatur, hoc tamen non obstante Dn. ab Andler quotidianam praedictae L. ult. praxin confirmat, etc.* »; e per prova non avvi che la decisione del 1650, citata nella nota precedente. — Dell' opinione di Dabelow (nota *i*) puossi ammettere che

Digitized by Google

spiegarsi nel senso che i giudici imperiali aggradissero una legge, la quale dava loro il mezzo di aumentare la dignità della loro giurisdizione suprema; ma non ne sarebbe perciò avvenuto, che quella legge passasse nel Diritto comune germanico. Parimenti a torto citasi l'autorità del Tribunale supremo del Palatinato, il quale vorrebbesi avesse appoggiata una sentenza alla *L.* 12, *C. de aedificiis privatis* (restituita), mentre invece i motivi del suo giudicato, le negano assolutamente ogni forza di legge (*m*). Se per questi motivi, non si possono in alcun modo allargare i confini del Diritto ricevuto, non vuolsi però mettere in controversia l'uso scientifico dei passi restituiti (uso che può

l'uso frequente di edizioni più complete abbia provocato questo equivoco, che prima non era possibile; ma per tal modo non sorge una pratica giudiziaria vera e generale e per conseguenza nemmeno un Diritto comune.

(*m*) *J. W. Textor, Decisiones electorales Palatinae,* Francof. 1693, 4, *Decisio XX.* L'attore aveva fatto richiamo a quella *lex restituta* (p. 78), ma la Corte sostiene con tutta precisione (p. 81, 82), essere affatto invalida questa e qualunque altra *lex restituta*, qualora i principii da esse sanciti non siano stati accolti dal Diritto consuetudinario; e ciò tutt'al più potrebb'essere avvenuto, quanto alla legge cui fece richiamo la sentenza della Camera imperiale nel processo Waldeck contro Paderborn (vedi nota *k*). — Non si può comprendere come Beck *de novellis Leonis,* § 48, possa citare il giudicato della Corte palatina e poi dire quanto alla *L.* 12, *C. cit.*: *excitatam tamen pariter ad causae definitionem in supremo appellationis judicio Palatino... docet J. W. Textor.* Queste parole vorrebbero dire, che la Corte prese quella legge per base della sua decisione: eppure, come abbiamo veduto, la cosa fu inversa.

Digitized by Google

avere indiretta influenza anche sullo sviluppo del Diritto pratico); e che è indubitato non meno dell' uso scientifico dei passi relativi ad instituti di Diritto antiquati (quali per esempio quelli concernenti la schiavitù) e dei fonti di Diritto antigiustinianei, salvo che, per la natura del loro oggetto, è molto più limitato e di minore importanza. Gajo ed Ulpiano rischiarano su molte cose nel Digesto, che altrimenti ci rimarrebbero oscure; i passi restituiti all' opposto sono altrettante leggi novatrici, le quali non spargono nuova luce sul rimanente del Diritto, laonde rispetto ad esse trattasi unicamente di vedere se debbano o no essere accolte nella pratica. Così p. e. quanto alla L. 22, C. *de fide instrum.* può questionarsi soltanto, se chi è parte in un processo, abbia diritto di chiedere ad un terzo la comunicazione di documenti, e del pari rispetto alle Novelle, 121, 138, la questione s' aggira solamente sulla computazione degl' interessi oltre il doppio del capitale; ma tali leggi non rendono in alcun modo più chiaro l' anteriore Diritto. Per lo contrario però talvolta avviene, che un punto controverso di Diritto, sia da differenti passi del Digesto differentemente sciolto e che una Novella non glossata di Giustiniano, tratti più tardi lo stesso argomento. Alla quale, benchè non abbia forza di legge, non vuolsi negare somma autorità; ond' è che anche scrittori pratici, a buon diritto, tennero conto delle Novelle non glossate (*n*).

(*n*) Tra queste havvi la Nov. 162 non glossata, vedi il § 164. — Questo uso puramente scientifico, da noi riconosciuto, de' fonti di Diritto,

Digitized by Google

Ancorchè, adunque, ci si presentino qua e là giudicati, ne' quali vengono applicate, come leggi, alcune delle parti restituite del Diritto giustinianeo, chiaro è però che siffatte decisioni non frequenti ed isolate, non possono nè abbattere, nè revocare tampoco in dubbio il principio superiormente esposto, la cui verità generale fu da giureconsulti teorici e pratici di tutti i secoli costantemente riconosciuta.

Oltre al Diritto romano, vuol qui prendersi tra le leggi in considerazione il *Diritto canonico*, in quanto diede incremento agli instituti del Diritto romano e li modificò; in fatti anch' esso, al pari del romano, fu universalmente riconosciuto in Europa. Tale sua autorità, peraltro, non puossi attribuire con sicurezza, se non al decreto di Graziano, alle decretali di Gregorio IX, al Sesto ed alle Clementine (*o*).

Considerato finalmente il Diritto romano attuale nella particolar forma da esso assunta come Diritto comune dell' impero germanico, hanno forza di legge le *Leggi imperiali*, in quanto modifichino instituti del Diritto privato ro-

prima di Giustiniano e dopo di lui, si spiega con due analogie perfettamente calzanti. Infatti lo stesso uso deve farsi anche degli antichi fonti del Diritto germanico nei paesi retti col Diritto comune, e del Diritto romano ne' paesi retti da codici nuovi; come sarebbero la Prussia, l' Austria e la Francia.

(*o*) Eichhorn, *Diritto canonico* I, p. 349-360. È controversa l' ammissione delle due collezioni di estravaganti; ma non essendo esse importanti, quanto alla modificazione del Diritto privato romano, di cui ora si tratta, la controversia ci riesce indifferente.

Digitized by Google

mano. Siffatte modificazioni sono però di gran lunga meno importanti di quelle introdotte dal Diritto canonico.

§ 18.

B. *Diritto consuetudinario.*

Convien ora vedere qual posto tra' fonti del Diritto romano attuale, si competa al Diritto popolare o consuetudinario, di cui abbiamo (§ 7, 12) genericamente tenuto discorso.

Quando Giustiniano salì al trono, il Diritto popolare romano avea già da lunga pezza cessato d'essere sensibile nella sua forma primitiva. Fino dal tempo della repubblica, la parte più importante se n'era trasformata in plebisciti od in editti, e quella parte, che ne restava ancora in vigore come libera consuetudine, comecchè assorbita nelle dottrine giuridiche più non appariva, se non sotto l'aspetto di Diritto scientifico. Ma venuto meno il culto delle dottrine, mancò quella rigogliosa forza nazionale, che si richiede a formare il Diritto; sicchè, se pure le circostanze esteriori faceano di quando in quando sorgere il bisogno d'un nuovo instituto di Diritto, e la forza creatrice del Diritto si poneva all'opera, abbisognava però quasi sempre la legislazione imperiale per darvi una forma precisa (*a*). Non sappiamo adunque immaginarci un Diritto consuetudinario di per sè sussistente, quale Diritto comune, a fian-

(*a*) Ne sarebbero esempi il *peculium adventitium*, e la *donatio propter nuptias.*

Digitized by Google

co delle leggi giustiniance, mentre quanto di qualche valore era per tal modo stato creato, avea dovuto necessariamente passare nel Digesto, o nel Codice. Ne' particolari però molte cose potevano, ad onta della legislazione generale, essere regolate dal Diritto consuetudinario; sebbene di queste noi non possiamo, nemmeno in via di presunzione, esprimere nè l'importanza, nè l'estensione.

Nel concorso delle stesse condizioni, dovea pur durare lo stesso stato di cose, anche sotto i successori di Giustiniano; anzi, ancora più, mentre la legislazione giustinianea era stata l'ultimo de' grandi sforzi di simil genere, e dopo di essa, la forza creatrice del Diritto, andò ognora più dileguando.

Le condizioni si mutarono, allorquando, rinnovellata l'Europa, il Diritto romano fu introdotto presso nazioni, nel cui seno non era sorto. Anch'esse opponevano da un canto difficoltà alla formazione di un Diritto consuetudinario generale, e principalmente d'un Diritto che integrasse il Diritto romano, per esse straniero, e vi desse incremento, ma d'altra parte erano del pari in circostanze favorevoli a tale creazione. Formatasi per l'introduzione del Diritto straniero una condizione giuridica artifiziale ed avviluppata, occorreva che le dissonanze venissero con una nuova creazione di Diritto conciliate. A ciò avrebbe potuto supplire anche una legislazione intelligente ed operosa, ma pel carattere di que' Stati, essa non era possibile e perciò in suo difetto, non aveavi altro rimedio, se non il Diritto consuetudinario, lo sviluppo del quale era favorito dalla

Digitized by Google

fresca e giovanile vitalità delle nazioni. Però il modo particolare, onde era sorto il bisogno, dovea naturalmente improntare questo Diritto consuetudinario medesimo d'un carattere tutto suo proprio. Ed infatti, invece d'essere, come ogn' altro Diritto popolare, nella sua totalità bene comune della nazione intera, assunse, come mostreremo più innanzi (§ 19), una natura scientifica.

L'atto più grande e più segnalato di un Diritto consuetudinario generale, allora che principiarono i tempi moderni, si fu appunto l'accettazione del Diritto romano medesimo, circoscritto precisamente a quel modo, che già abbiamo accennato (§ 17). Ma quest' atto ebbe differente importanza nelle varie nazioni della moderna Europa, a tal che la riforma per esso introdotta nella condizione del Diritto, ne risultò in differenti gradi sensibile. In Italia il Diritto giustinianeo non era mai scomparso del tutto, nè si ebbe quindi di nuovo se non il suo ristauramento ed i limiti particolari e precisi, ne' quali fu circoscritto. Anche nella Francia, a dir vero, il Diritto romano non era mai scomparso, ma quivi era del tutto nuova la forma speciale datagli dalla legislazione giustinianea. Nella Germania, invece, l'accettazione del Diritto romano fu, per necessità di cosa, molto più sensibile, dacchè si presentava come elemento di Diritto affatto nuovo e prima ignorato, quantunque acconcio alle mutate condizioni di vita; il che solo ne rendeva possibile l'introduzione. Tuttavia vi precedette una lunga ed ostinata lotta, la quale preparò e mise in evidenza la efficacia del Diritto consuetudinario. — La nostra

Digitized by Google

attenzione non conviene, però, che si limiti soltanto alla generica accettazione del Diritto romano, come dovuta all' influenza del Diritto consuetudinario, ma deve ugualmente, e forse ancora più, fermarsi sul modo speciale, in cui siffatta accettazione seguì, e sui termini ne' quali venne ristretta (§ 17), imperocchè fu il prodotto d' un sentimento chiaro ed intelligente, nè può considerarsi come l' opera fortuita del caso. Così non vuolsi nemmeno credere che essa sia istantaneamente accaduta, sicchè d' improvviso diventasse un fatto compiuto; che anzi procedette per gradi e solo, a poco a poco, si stabilì pienamente. Ciò dicasi principalmente per ciò risguarda la circoscrizione materiale del Diritto romano accettato, in forza della quale ne fu esclusa una parte notevole. Questa grande apparizione d'un Diritto consuetudinario generale, sorto in molti Stati (benchè in epoche differenti) in modo uniforme, ci svela ad un tratto la particolar natura de' tempi moderni. Quegli Stati accettarono in massa un Diritto, cresciuto in mezzo ad un popolo straniero, ad un popolo che con alcuni di essi non aveva nemmeno affinità di schiatta; il che mostra che i nuovi popoli non aveano, come gli antichi, una nazionalità profondamente distinta e tutta in sè racchiusa, ma erano tutti uniti dal comune legame invisibile del cristianesimo, senza che perciò venisse meno il carattere nazionale (*b*). E questo è l' andamento progressivo de' tempi

(*b*) Savigny; *Storia del Diritto romano nel medio evo*, vol. III, § 33) (Ediz. italiana di Firenze, vol. II, p. I, p. 61).

Digitized by Google

moderni, di cui neppur ora, è dato di raggiugnere collo sguardo la meta.

Al Diritto consuetudinario generale, s' accoppiava sempre ne' tempi moderni uno particolare, il quale nella sua formazione, entro una cerchia più ristretta, incontrava, come per l' addietro in Roma, molto minori difficoltà, e che, per la maggior limitazione, poteva sorgere da una coscienza giuridica veramente comune, e quindi in modo puramente popolare, senz' uopo dell' opera preparatrice della scienza. In questo Diritto consuetudinario particolare, si mantennero nel modo più esteso ed ebbero incremento le antiche condizioni giuridiche de' Germani riguardo alla proprietà del suolo (cioè i feudi, i beni ereditarii, le terre de' contadini), ed a' diritti ereditarii a questa annessi; condizioni, destinate ad estendersi oltre la durata della vita umana, e che si addentellavano a costumi ed occupazioni permanenti ed uniformi di numerose classi di gente. Così nelle città vediamo la comunanza d' interessi industriali, far sorgere dappertutto tra' negozianti e gli artigiani Diritti consuetudinarii particolari, che in ispecie modificavano la successione ereditaria (introducendo, per esempio, sotto varie forme la comunione de' beni). Ciò nulla di meno rimaneva sempre un campo libero per l'applicazione del Diritto romano. Siffatte consuetudini particolari aveano, però, un effetto d' assai più limitato, quanto agli instituti di Diritto già regolati dal Diritto romano, a pochi soltanto de' quali, pel bisogno giornaliero uniforme, s' aggiunsero, per via di consuetudine, norme novelle; tali sarebbero il Diritto di fabbrica relati-

Digitized by Google

vamente ai finittimi, il Diritto di locazione delle case, e le relazioni tra persone di servizio e padroni. Il Diritto consuetudinario particolare, adunque, conservò sempre molta importanza, quanto alle istituzioni d'origine germanica, mentre avea d'altra parte minor efficacia sulla trasformazione del Diritto romano (*c*).

Questo duplice Diritto consuetudinario, il generale, cioè, ed il particolare, non deesi annoverare, oltre alle leggi, tra i fonti del Diritto romano, soltanto per ciò che concerne il passato; egli è tale anche per l'avvenire, in quanto che continua a modificarlo.

Ed anche in questa particolare sua applicazione vuolsi attribuire al Diritto consuetudinario quella stessa natura, che vi abbiamo in generale riconosciuta. Perciò diremo, ch'egli sorge parimenti dalla comunanza di convinzioni, e non già dalla volontà degli individui, sicchè le opinioni e gli atti concordi di questi, non sono se non indizii di quella suaccennata comunanza. Il costume, l'uso, quello che noi propriamente diciamo consuetudine, non è dunque il fondamento dell'origine del Diritto consuetudinario, ma soltanto un mezzo, che ce ne dà a conoscere l'esistenza. Confrontato poi questo Diritto colle leggi, quanto alla sua efficacia, dobbiamo in tutto e per tutto l'una delle fonti mettere a pari dell'altra. Adunque le leggi ponno essere dal Diritto consuetudinario, non soltanto supplite e modifi-

(*c*) Su quest'antitesi trovansi eccellenti osservazioni in Götze: *Provinzialrecht der Altmarkt. Motive*, I, p. 11-13.

Digitized by Google

cate, ma perfino poste fuori di vigore (§ 13), senza che faccia differenza, se si limiti a privar d'effetto la legge, oppure, inoltre, vi sostituisca una regola nuova (*d*).

§ 19.

C. *Diritto scientifico.*

Nell'antica Roma, il Diritto popolare, associato già prima alla legislazione, avea dato vita ad uno studio assai importante e tutto proprio del Diritto, di gran lunga avanti che fosse questione di scienza. Ma non sì tosto la nazione sorse ad una vita scientifica generale, che rivolse naturalmente le sue cure anche al Dirittto, il quale le porgeva una materia sì degna di essa e così prettamente nazionale. La classe de' giureconsulti, che di tal maniera venne a formarsi, rappresentò in pari tempo nella massima sua parte il Diritto popolare, la cui forza creatrice oggimai di rado appariva nelle primitive sue forme. Ma se la scienza del Diritto era soltanto un ramo della vita scientifica sorta nella legislazione, non era per questo che mancasse d'un andamento progressivo tutto suo proprio; che anzi più

(*d*) Il significato e l'importanza di questo principio astratto, ci si farà chiaro più avanti (§ 28 e seg,), allorchè vedremo le opinioni opposte di recenti scrittori. Mi riservo di stabilire colà più esattamente le condizioni di un vero Diritto consuetudinario; il che s'avrebbe potuto acconciamente far qui, se pegli errori, tanto diffusi, di moderni scrittori di Diritto, non fosse apparso più consigliabile stabilire que' principii in modo critico, discorrendo di quegli errori e combattendoli.

Digitized by Google

tardo delle altre scienze arrivò a quella maturità, cui era destinata sotto i Romani, e raggiunse l' apice della perfezione allorquando le scienze e le arti in generale erano già patentemente sul declinare. E questa differenza, ne' periodi di progresso, le fruttò grande vantaggio, mentre il suo svilupparsi, coll' essere più lento, fu anche più profondo e più originale, sicchè ebbe campo d' ottenere sulle altre nazioni e sull'età posteriori quell' influenza sì permanente, che in nessun altro ramo della scienza fu dato ai Romani di raggiungere. Il sorgere della scienza del Diritto da un impulso scientifico generale della nazione, non era indipendente da quel progressivo andamento naturale, e non turbato da cause straniere ed accidentali, che distingue la storia del Diritto dei Romani, da quella d' ogni altra nazione. — Non ci sarà poi facile farci una giusta idea del modo, con cui i giureconsulti influirono allo svilupparsi del Diritto romano (dico del suo sviluppo, non del suo riconoscimento), giacchè, pur senza avvedersene, l'uomo di sua natura è tratto a giudicare del passato coll' idee del suo tempo. I giureconsulti coll' esercizio libero e benefico del loro uffizio, coll' esserne il numero ristretto a pochi, ed in gran parte per l' altezza de' natali, occupavano presso i Romani un posto assai distinto, e vivendo per lo più nella capitale del mondo, vicini ai pretori e più tardi ai Cesari, non potevano andar privi di grande influenza su di essi. Nulla v' ha di più naturale che le opinioni comuni de' giureconsulti promovessero in gran parte il progresso del Diritto, sicchè ognuno d' essi, ed in particolare quelli d' ingegno più elevato, aves-

Digitized by Google

sero una notevol parte nella invisibile forza che vi operava. Appo noi è giurista chiunque ha studiato la legge per divenir poscia giudice, avvocato, autore o professore, per darsi insomma quasi sempre ad una professione di lucro. Di siffatti giuristi, la Germania ribocca ed essi costituiscono una società mista assai, e nella quale il merito si riscontra in tutte le sue gradazioni. L' efficacia loro dev' essere quindi d' assai più indeterminata e meno personale; e molto tempo si richiede, perchè un opinione comune venga universalmente riconosciuta, sicchè, se pure un principio od una dottrina particolare giugne ad essere accolta dalla legislazione, e far progredire per tal maniera il Diritto, è forza attribuirne gran parte al caso.

Condizioni affatto diverse da quelle dell' antica Roma ci si presentano nel medio evo, quando il Diritto romano fu accettato da una gran parte degli Stati europei. Questa accettazione infatti produsse un Diritto artificiale (§ 18), ad apprendere il quale si richiedeva un grado di coltura maggiore di quello che suole esser comune alla generalità di una nazione. Da questo bisogno ebbe vita una scuola ed una erudizione giuridica, che non derivava dal grado generale di coltura de' popoli (*a*). Anche quivi adunque, come nell' antica Roma, la scienza del Diritto ebbe un andamento progressivo, suo proprio, affatto differente da quello delle altre scienze, ma in senso inverso. Ed in vero, mentre in

(*a*) Savigny, *Storia del Diritto romano nel medio evo*, vol. III, § 32. (Ediz. fior., vol. II, p. III, p. 59 e seg.)

Digitized by Google

Roma la scienza del Diritto giunse al massimo suo fiore più tardi delle altre, nel medio evo, per l'opposto, avanzò di gran lunga la vita scientifica generale de' popoli. L'isolamento, nel quale per tal ragione a lungo rimase, ne rese d'assai più difficile l'esistenza, e da più da un lato ne impedì uno svolgimento compiuto; ma appunto le maggiori fatiche da ciò imposte a' glossatori improntarono l'opera loro d'un carattere nobile e serio, e l'altezza del successo, cui nulladimeno pervennero, ha diritto, ancora oggidì, alla nostra ammirazione (*b*).

Per tal modo, il Diritto popolare generale, non quello circoscritto a più ristretta cerchia, fu da bel principio identico al Diritto scientifico, tanto che fuori di questo non è dato scorgerne traccia, ed il bisogno pratico del popolo, unicamente nella scienza, trovava espressione e soddisfacimento (§ 18). Da ciò venne alla scienza del Diritto un carattere originale; al che era consentaneo che nell'opera de' giureconsulti, teorica e pratica rimanessero intimamente congiunte, nel modo stesso che non di rado, l'efficace intervento della pratica valse a salvare la teorica da una totale decadenza (*c*). — Ne' secoli che vennero dietro, la scienza del Diritto fu assai inegualmente coltivata ed ebbe sorti assai varie; ma la sua generale attinenza nella formazione del Diritto ne rimase ognora uguale, come abbiamo testè mostrato, nel medio evo.

(*b*) Savigny, *loc. cit.*, vol. V, p. 215.

(*c*) Savigny, *loc. cit.*, vol. VI, p. 20.

Digitized by Google

I frutti dell' intelligenza applicata allo studio del Diritto romano, dopo la sua accettazione, sono di sì smisurata mole, e sì varii nelle forme, che occorre una particolare disquisizione per vedere in qual senso possano essere annoverati tra' fonti di Diritto, e come se ne debba, sotto questo aspetto, usare. A tale uopo giova dividere in due grandi masse l' opera dei *giureconsulti*, che ci sta innanzi, distinguendo il lavoro *teorico* dal *pratico*. Ma siccome l' antitesi di queste due parole, procede bene spesso dal vario aspetto della cosa, conviene che determiniamo precisamente il valore dell' una e dell' altra.

Diciamo qui *teorico* ogni studio puramente scientifico, senza distinzione che tratti di stabilire i testi de' fonti, o l' interpretazione di essi, o di formarne un sistema di Diritto, o di ridurre il formato sistema a maggior perfezione. Così non creasi un nuovo Diritto, ma solo ne vien facilitato il modo di apprendere quello, che già sussiste. In questo senso, i lavori teorici non potrebbonsi, a rigor d' espressione, annoverare tra' fonti di Diritto, ma per la grande autorità che hanno, assumono un carattere pressochè uguale. È vero che ognuno, il quale voglia col proprio criterio esaminare siffatti lavori, ha piena libertà di giudizio, per quanti scrittori concordino nelle opinioni in essi sostenute, ma rimane sempre una classe altrettanto numerosa, quanto onorevole d' impiegati giudiziarii, i quali, benchè acconciamente apparecchiati all' esercizio del loro ministero, non sono però in grado di vagliare le nuove opinioni con una critica propria ed indipendente, e farsi, per tal via, un loro proprio con-

Digitized by Google

vincimento. Ora se questi impiegati s' atterranno esclusivamente a quell' autorità, sarà cosa naturale non solo, ma altresì lodevole ed a desiderarsi. E ciò raccomandiamo, non già nell' interesse della loro comodità, nello spacciar gli affari, ma pel bene stesso della sicurezza del Diritto. E per fermo, non vi ha nulla a guadagnare se il giudice, senza poter convenientemente istruirsi con esteso studio, voglia sopra ogni singola questione di Diritto, formarsi un' opinione sua particolare; imperciocchè, avuto riguardo alla inferma base su cui si fonda, sarà dubbio, ed accidentale, ch'esso colga nel giusto segno. Questa massima principalmente giova a rimuovere il pericolo non i giudici, vaghi di speditezza, si lascino strascinare, con grave danno dell' amministrazione della giustizia, dall' apparenza superficiale d' alcuna nuova dottrina (*d*). Con ciò naturalmente non negasi ad un vero giureconsulto, che per avventura sedesse sulla scranna di giudice, il diritto d' applicare, anche all' amministrazione della giustizia, il frutto della saggezza e maturità del suo convincimento. — Quanto al modo poi di riconoscere l'esistenza d' un' autorità vera e buona, qual' è quella, di cui intendiamo parlare, non è possibile stabilire una regola tassativa e formale. Non possono prendersi per guida sicura il numero degli scrittori, che concordano in una dottrina, nè, in questioni ancora controverse, la maggioranza. L' importante è piuttosto, che siano unanimi

(*d*) Sul valore e sull' importanza dell' autorità dottrinale nell' amministrazione della giustizia, leggasi l'eccellente brano di Möser: *Patriotische Phantasieen*, I, N. 22.

Digitized by Google

sopra un opinione que' giureconsulti, che godono fama di studio assennato e profondo, sicchè nessuno d'essi v'abbia perseverantemente fatto una opposizione, che apparisca grave e sia suffragata da ragioni. È chiaro poi, come un tale riconoscimento non possa aver luogo, se non quando la nuova dottrina sia per alcun tempo stata oggetto di pubblica discussione, al che nessuno avviserebbe di voler prefiggere un dato numero di anni. In questo senso particolare, anche un lavoro teorico, può annoverarsi tra' fonti di Diritto, mentre, poste le surriferite condizioni, è forza attribuirgli una certa autorità ben fondata. Esempio ne sia la dottrina dei due gradi di colpa: dottrina che oggidì è sì universalmente ammessa, quanto prima, per lungo volger d'anni, si reputò vera quella, che ne riconosceva tre. Dalla natura stessa di tale autorità poi deriva, non poter essa venir considerata come alcun che di perfetto e d'invariabile; avvegnachè uno studio più profondo, cui sia per l'avvenire assoggettato l'argomento, può temperare l'opinione attualmente accettata, e quella che poi ne risulta, non ha minor diritto della prima ad essere accolta.

§ 20.

Diritto scientifico. Continuazione.

Per lavoro *pratico* qui intendiamo ogni studio, che, non limitato al tenore de' fonti, isolatamente considerati, comprenda in pari tempo la relazione del loro tenore col vivo Diritto, sul quale devono esercitare la loro efficacia, che quindi prenda in considerazione le condizioni ed i biso-

Digitized by Google

gni del tempo. È cosa poi indifferente, o per lo meno secondaria, il cercare qual cagione esterna abbia dato origine allo studio; se il volere *ex professo* trattare l'argomento coll'insegnamento, o co' libri, oppure il bisogno di decidere una lite. Siffatto studio è, in ambedue i casi, organo del Diritto consuetudinario, ed in pari tempo parte del Diritto scientifico, mentre ogni decisione, che vien proferita da giudici addottrinati, ed in particolare da Collegii permanenti, ha in sè un carattere scientifico (§ 14). Anche qui mantiensi quell'identità sostanziale del Diritto consuetudinario col Diritto scientifico, che già indicammo essere un particolare distintivo delle età moderne. Tra i lavori pratici così, definiti, noi annoveriamo quindi tanto le opere dogmatiche, che abbiano quella speciale tendenza, come le raccolte di consulti, responsi e giudicati, sia che questi provengano da un giureconsulto, sia che li abbia proferiti un Collegio giuridico, come sarebbero le Facoltà legali ed i Tribunali superiori. Nel distinguere però i lavori pratici degli scrittori da' teorici, non intendiamo che ogni opera debba appartenere esclusivamente ad una, anzichè all'altra classe. Molte avranno un carattere teorico e pratico ad un tempo, in differente e fors'anco in ugual proporzione.

Anche riguardo ai lavori pratici, come per li teorici, vuolsi indagare a quali segni sia dato distinguere le opere buone ed atte a costituire un'autorità, da quelle meno buone, o a tale scopo inette. Assumendo in tal caso la questione un'importanza di gran lunga maggiore, converrà sottoporla a più accurato esame.

Digitized by Google

Sottomessa una controversia di diritto al giudizio di taluno inesperto nel Jus, ei giudicherà, per lo più, a seconda dell' impressione, che gli sarà confusamente rimasta dall' insieme della cosa, e forse, ov'abbia sano intelletto e indole risoluta, gli parrà d' essere ben sicuro del fatto suo. Tuttavia, chiamato allo stesso ufficio un altro, comecchè avente la medesima qualità, sarà a considerarsi come un mero accidente; tanto s' egli pronunzii decisione uguale, quanto se si decida per la contraria. Ora, alla scienza s' aspetta circoscrivere e separare i rapporti di Diritto e le regole della decisione per tramutare in chiarezza la confusione dell' uomo inesperto, e prevenire la conseguente incertezza ed accidentalità delle decisioni. Quivi appunto, s' appalesa la grande maestria dè' giureconsulti romani, i quali, a vero dire, aveano il validissimo suffragio d' una terminologia assai precisa e d' una distinzione esatta delle varie azioni; vantaggio, che erroneamente si attribuirebbe al caso, mentre fu piuttosto il frutto del sentimento, insito in quella nazione, per la formazione del Diritto. Siffatto vantaggio a noi manca, che per di più andiam privi di quello ancora più importante, di possedere un Diritto, che sia indigeno e cresciuto colla nazione, ma per questo non ci vien meno il medesimo assunto e la possibilità di risolverlo. Esaminati spassionatamente i lavori, che le età precedenti ci tramandarono sotto la forma di Diritto pratico, dal romano differente, ma pur riformatore di instituti di Diritto romani, ci accade di distinguere due elementi affatto eterogenei. Uno di questi elementi è di buon conio, e trae la sua origine

Digitized by Google

da' nuovi bisogni sorti naturalmente per la differenza delle condizioni, e tra le altre cose pel mutato ordinamento giudiziario, ed in parte per la riforma indotta nelle idee morali dal Cristianesimo; ed a questo, per i principii testè sviluppati, convien dare la forza e la verità d' un Diritto consuetudinario, scientificamente riconosciuto. Nel quale proposito torna indifferente, che per avventura alcuni precedenti scrittori abbiano erroneamente voluto desumere quegli stessi principii dal Diritto romano; ed in vero siffatto errore nulla toglie alla verità della cosa, e noi dobbiamo soltanto guardarci dall' illusione di credere, che quella deduzione erronea non sia se non questione di forma. Quei giureconsulti, così opinavano in tutta buona fede, ed in tali casi noi dobbiamo proporci, come assunto essenziale, di ritrarre il vero Diritto romano, non per tenerlo assolutamente in vita, ma per assegnare limiti certi alla riforma. — L' altro elemento, per l'opposto, ripete l'origine meramente da quella confusione incerta, di cui più sopra abbiamo tenuto discorso, e quindi da difetto di scienza; questo elemento vizioso, conviene che da noi sia messo in chiaro, come errore, qual' è, e combattuto, senza che gli giovi un pacifico possesso, di cui per lunghi anni abbia goduto, tanto più che nella maggior parte de' casi, si potrà dimostrare in esso una contraddizione interna, un error logico fondamentale. Tutto quanto partecipa di tale natura, non ha del Diritto pratico, se non una falsa apparenza; è una cattiva teoria, che deve sempre cedere ad una teoria migliore (*a*). Ancora

(*a*) Ne potrebb' essere esempio illustrativo il *Summariissimum*, quale

Digitized by Google

non fu tentata una separazione critica di questi due elementi, ond' è composto il Diritto pratico, modificatore del Jus romano, sendosi per lo più i giuristi accontentati di scegliere ad arbitrio tra le autorità de' varii pratici, quelle che più lor talentavano per dimostrare o negare, che un principio possa anche attualmente applicarsi. Proporre anzi tratto una regola generale, che serva di guida per tale separazione, è cosa impossibile; dovendosi in tal lavoro prender le mosse dall' esame di particolari, senza che vi sia luogo a determinare, se la critica delle singole specie, possa riassumersi in principii generali. Tale esame critico della pratica, nelle sue particolarità, è uno degli assunti principali di quest' opera; e se la soluzione di esso riuscirà imperfetta, le grandi difficoltà, che offre, ci serviranno di scusa. Sotto altro aspetto considerato, questo medesimo assunto sarebbe espresso dalla seguente formula: doversi nel Diritto romano separare quanto non è più in vita, da quello che tuttavia sussiste e che in gran parte rimarrà anche nel tempo avvenire. — A cogliere il segno vuolsi principalmente un senso di verità puro e spassionato, e perciò riuscirà inetto chiunque, preoccupato da eccessivo amore del Diritto romano, si studii solo di ristabilirlo dappertutto nella sua purezza; nè meglio sarebbonvi idonei coloro, che attribuiscono alla moderna pratica le proprie idee, e le danno coll' immaginazione una indipendenza, alla quale

si riscontra, non di rado, nella pratica. Vedi Savigny, *Diritto di possesso*, § 51 della sesta edizione.

Digitized by Google

gli autori di essa mai non pensarono. Ambedue peccano di fanatismo; gli uni, considerando ancor viva una parte della storia, ch' ha oramai finito il suo cammino, gli altri reputando realtà la finzione della loro mente.

La parte del Diritto pratico, testè indicata come sano elemento, ha ben diversa importanza di quella da noi attribuita ai lavori teorici, poichè non è soltanto autorità rispettabile, ma realmente in sè racchiude un Diritto di nuova formazione. Non possiamo però riconoscervi una esistenza assoluta ed invariabile. Uno studio puramente teorico, il quale dimostri che alcun principio del Diritto pratico non corrisponde al Diritto derivato dai primitivi fonti, non varrà certamente a togliergli autorità, perchè sussiste da sè come Diritto consuetudinario; tuttavia non vuolsi disconoscere, che quella parte del Diritto pratico può perdere il suo valore, in quel modo medesimo, che ebbe vita.

Affatto diversamente compresero l'influenza del Diritto pratico quelli, i quali sostennero che un Tribunale, allorquando abbia più volte decisa nello stesso senso una questione di Diritto, sia da ciò vincolato a deciderla invariabilmente nello stesso modo anche per l'avvenire (*b*). Ciò che havvi di vero in tale opinione si è, che in simili casi il Tribunale forma autorità a sè medesimo, e che l'attenervisi, sarà più saggio ed utile partito, del discostarsene per isconsiderata incostanza; il che si fonda, al pari d'ogni

(*b*) Thibaut, § 16, e molti altri scrittori. Assai bene ne tratta il Puchta, nel suo *Diritto consuetudinario*, II, p. 111.

Digitized by Google

consuetudine su quella legge di continuità, che abbiamo più sopra (§ 12 *a*) posta in risalto. Non vuolsi peraltro biasimare quel Tribunale, che esaminato di nuovo e gravemente l'argomento, e trovate nuove e più forti ragioni, s'allontani dalla via seguita dianzi; e soprattutto non havvi alcun fondamento di precludere l'adito a migliori giudizii, ammettendo ad arbitrio una regola d'invariabilità assoluta.— L'influenza poi delle decisioni di un Tribunale superiore su quelli a lui soggetti è di natura alquanto diversa, giacchè qui non abbiamo soltanto un'autorità morale, che richieda rispetto, ma il potere spettante al Tribunale superiore di far trionfare le proprie dottrine, riformando le sentenze, che ad esse non si adattino. Il Tribunale inferiore, quindi, coll'ammettere la giurisprudenza della magistratura a lui preposta, non cede ad un potere esteriore, ma entra nello spirito e nell'utile scopo della gerarchia dei Tribunali, ossia dei differenti gradi di giurisdizione.

In tutta questa ricerca abbiamo a bello studio evitato d'usare d'alcuni termini tecnici, il cui significato vago ed incerto servi ad accrescere la confusione d'idee, che domina nell'argomento, ed ora basterà indicare brevemente il senso loro attribuito da' differenti scrittori moderni, e la relazione, in cui stanno coll'ordine d'idee, che siamo andati sinora esponendo.

Innanzi tutto ci si presenta il termine di *uso del foro (Gerichtsgebrauch)*. Con questa parola s'intende ora il vero Diritto consuetudinario, attestato dai giudicati, ed ora le decisioni uniformi di uno stesso Tribunale, che si vor-

Digitized by Google

rebbono obbligatorie eziandio per l'avvenire. Sarebbe opportuno, che siffatto termine al pari dell'altro, di *pratica*, fosse adoperato ad esprimere, soltanto, la prima di queste due idee, cioè, il vero Diritto consuetudinario, in quanto è possibile desumerlo dai giudicati. — Dopo d'aver accennati questi due significati, giova porre in guardia contro un abuso, assai frequente e dannoso, che vien fatto di quelle espressioni. Infatti molti, per fondare un principio di Diritto sulla pratica, s'appagano del vederlo ammesso nell'una o nell'altra decisione; ma essendo i giudici, al pari di qualunque scrittore, soggetti ad errare, può avvenire che le sentenze citate, non siano, se non il frutto dell'ignoranza del Diritto, e perciò anche in tal caso, come quando si tratti di opinioni d'autori, si richiede un accordo più generale di decisioni, che mal potrebbesi rinvenire, ove più giudicati sieno in opposizione fra loro (*c*).

Abbiamo inoltre il termine *osservanza (observanz)* od *uso (Herkommen)*, il cui significato è ancora più oscillante di quello di uso del foro. Talvolta si adopera limitatamente al Diritto pubblico, ed allora significa quello, che nel Diritto privato dicesi consuetudine (*d*). Nel Diritto privato spesso vale quanto Diritto consuetudinario, ed in tal caso,

(*c*) Vedi sull'accordo degli scrittori il § 19, e sulle condizioni che debbono avere i giudicati, per fondare un Diritto consuetudinario il § 29, num. 4. Conviene perciò stare in guardia contro la formula da alcuni tanto prediletta: *Praxin testantur*, ec.

(*d*) Pütter, *Inst. jur. publ.* § 44.

Digitized by Google

potendosene agevolmente far senza, sarà da evitarsi (*e*). Il significato più preciso della parola è di indicare, bensì un Diritto consuetudinario, ma quello proprio specialmente di una data classe di persone, p. e. d' un dato ordine, od anche dei membri d' una corporazione (*f*); e n' è soltanto una modificazione l' esprimere per esso uno Statuto tacito significato col mezzo d'una ripetizione di atti, che una corporazione si costituisce in forza del suo Diritto di autonomia (*g*). All' opposto, se ne travolge del tutto il senso,

(*e*) Hofacker, § 127. Thibaut, § 16. — Così del pari in alcuni passi dei fonti, § 7. *I. de satisd.* (IV, 11) « *cum necesse est omnes provincias... regiam urbem ejusque observantiam sequi.* » — L. 2, § 24, *de O. I.* (1, 2) « *vetustissima juris observantia.* » *Clem.* 2, *de appell.* (II, 12) « *antiquam et communem observantiam litigantium sequi.* » — In altri passi questo termine, al pari dell' altro più frequente di *observatio*, significa l' obbedienza ad una regola, del che noi non abbiamo ad occuparci. Così non ci fermiamo sul significato di riverenza personale, attribuitovi il più delle volte dai classici latini. Cicero, *de invent.* II, 22, 53.

(*f*) Eichhorn, *Diritto privato germanico*, § 35. Mühlenbruch, § 40.— Il carattere distintivo di questo termine è quindi d' essere particolare della persona, non de' luoghi, sicchè può dirsi una osservanza della nobiltà, o di una data classe di questa, d' un capitolo, d' una corporazione, ec., ma non osservanza d' una provincia o d' una città.

(*g*) Eichhorn, *Diritto ecclesiastico*, vol. II, pag. 39 e 44. — Puchta, *Diritto consuetudinario*, II, p. 105, il quale determinò con maggior precisione degli altri, la differenza tra *osservanza* e le espressioni affini, vuole che soltanto questo caso (quello cioè dell' applicazione dell' autonomia) sia la vera osservanza. In realtà ogni confusione di questa idea sarà tolta nel miglior modo possibile, accogliendo la fraseologia di Puchta.

Digitized by Google

allorchè vuolsi significare colla parola osservanza, una convenzione tacita dei membri d' una corporazione (*h*). Anche qui tornerebbe meglio evitare del tutto l' espressione anfibologica, e servirsi in quest' ultimo caso del termine più sicuro di contratto. Esaminando attentamente la cosa, chiaro si scorge come in que' casi, ne' quali i più usano la voce osservanza, siavi soltanto un Diritto consuetudinario e non già un contratto, e come più remota sia la ragione, per cui si volle intendere anche il contratto. Hannovi infatti alquanti rapporti di Diritto, de' quali è dubbio se vadano soggetti ad alcuna disposizione in forza d' un Diritto consuetudinario, o piuttosto per effetto soltanto di una tacita convenzione fra le parti interessate. A saltar di piè pari siffatto dubbio, o fors'anco l' oscura idea, che aveasi dell' argomento, fu ricorso all' uso di quella espressione incerta; con ciò per altro, lungi dal rimediare al male, lo si rese piuttosto insanabile, nascondendo il dubbio, e così togliendo il modo di darne la necessaria soluzione.

Per ultimo, incontriamo il termine di *opinione comune (communis opinio)*, alla quale solevasi ne' secoli trascorsi dare una enorme importanza. Per essa, intendevasi tale un accordo d' opinioni tra giureconsulti, che ognuno dovesse convenire nell' ammessa sentenza; conclusione di tale importanza che indusse a stabilire con regole formali l' idea e le condizioni di questa generalità d' opinioni, come altra

(*h*) Meurer, *Dissertazioni*, Num. 6; Hofacker, § 127; Thibaut § 16. — Vedi all' opposto, Eichhorn, *loc. cit.*, p. 41.

Digitized by Google

volta avea fatto, con una legge, Valentiniano III (*i*). Naturalmente in ciò fare, s' entrava nel campo di un assoluto arbitrio, che mostrava la frequente stranezza delle regole. Noi, dal canto nostro, abbiamo già indicato (§ 19) che cosa giustamente s' intenda per opinione comune e quale ne sia il giusto valore; per altra parte a' tempi nostri, questa espressione tecnica è fuori d' uso.

§ 21.

Fonti di Diritto accessorie.

I fonti del Diritto romano attuale vennero finora considerati come di per sè sussistenti e formanti un tutto a parte; ciò voleasi fare per darne un' idea chiara e compiuta. Ma, siccome nel fatto, in nessuno degli Stati, ove furono introdotti, non ebbero mai una esistenza sì isolata, convien passare in rivista que' fonti di Diritto eziandio, da loro diversi, coi quali vennero in contatto, e con cui dovettero nel mondo reale dividere il dominio sui rapporti di Diritto.

Allorchè i fonti del Diritto romano vennero accettat ne' varii paesi, trovarono già dappertutto costituito un Diritto indigeno, come il Diritto germanico primitivo in Alemagna, ed altri nella maggior parte degli Stati, ed in ispecie nella Francia. La relazione reciproca di questi Diritti eterogenei, nel loro effetto pratico, fu in ogni tempo difficile ed avviluppata, e comporre il conflitto, che dalla loro differente natura sorgeva, fu uno de' maggiori assunti del

(*i*) Puchta, *Diritto consuetudinario*, I, pag. 163.

Digitized by Google

Diritto scientifico, soprattutto nella sua parte pratica (§ 20).

Ben presto, allato dell'introdotto Diritto straniero, sorse una progressiva legislazione nazionale, chiamata in vita, parte dal bisogno, che già accennammo, di togliere il conflitto col jus germanico, e parte, senza riguardo a questa necessità, dalla pratica che si andava formando, la quale veniva spesso dalle leggi nazionali ammessa e regolata. Tale era nelle varie parti della Germania il *Diritto territoriale*, che ora abbraccia un intiero paese, ed ora semplici provincie, e che, secondo i varii luoghi, ha maggiore o minore importanza ed estensione. In correlazione di questo Diritto territoriale, e qual riscontro ad esso, sta l'idea, già da noi data (§ 2), del Diritto comune, che dappertutto è un Diritto suppletorio di quello, sicchè non può essere applicato, se non allorquando il Diritto territoriale altrimenti non disponga. Siffatta relazione del Diritto comune col territoriale è propria, anzi necessaria, conseguenza dell'essere la nuova legislazione frutto del bisogno d'una riforma e d'un perfezionamento del Diritto dianzi sussistente, e dall'aver essa precisamente cotale scopo. Verserebbe però in errore chi volesse da ciò dedurre, che nell'atto pratico il Diritto territoriale desse norma nella maggior parte de'casi alle relazioni controverse di Diritto, ed il comune avesse ad essere, soltanto in rari casi eccezionali, applicato; che anzi, il Diritto comune conservò grande preponderanza nella reale applicazione, dappertutto ove continuò a sussistere, il che naturalmente non fu in que'luoghi, ove furono emanati nuovi Codici.

Digitized by Google

In fatti in una grande parte d'Europa, ne' tempi recenti, i fonti di Diritto soffrirono un sostanziale cangiamento colla compilazione de' nuovi Codici nazionali. Ciò avvenne in Prussia ed in Austria per ragioni interne, strettamente attinenti al Diritto, in Francia vi si aggiunsero anche motivi politici, parte, perchè la rivoluzione avea smossi dai fondamenti tanti rapporti di Diritto, e parte perchè lo richiedeva il bisogno di cacciare, anche per tal modo, in obblìo le differenze locali. Le ragioni interne, che ugualmente concorsero alla formazione di tutti questi Codici, erano le medesime, che in molti paesi provocarono dianzi un grande numero di leggi speciali, cioè il bisogno di togliere le difficoltà derivate dal conflitto degl' instituti di Diritto germanici e romani, dalla teoria imperfetta, e dalla pratica, spesso incerta, dei secoli antecedenti (§ 19, 20). Tanto scopo però non era dato raggiugnere, se non quando un profondo esame critico avesse depurata la scienza del Diritto da siffatte mende, e perciò, in difetto di questo, ed intrapresa la formazione de' Codici, sotto l'influenza di quelle stesse imperfezioni, alle quali voleasi por rimedio, anche la riforma non potè essere se non esteriore, accidentale e limitata, mentre d'altro canto arrecava il danno di dare permanente sussistenza, coi Codici, ai vizii intimi e sostanziali, non permettendo così, o rendendo almeno d'assai più difficile, che in avvenire la sola forza interna della scienza, bastasse a depurarne la legislazione.

La grande differenza di siffatti Codici dalle leggi speciali, che li precedettero, consiste nel loro carattere di universalità e d'impero esclusivo. Essi contengono infatti interi

Digitized by Google

ed assoluti sistemi di Diritto. Così, a modo d'esempio, nel Codice civile prussiano, benchè non s'intendesse cangiare la sostanza del Diritto sussistente, ma si volesse soltanto darvi miglior forma, tuttavia la forza organicamente creatrice inerente ad ogni teorica (§ 14), fece ben tosto trascendere involontariamente lo scopo, e condusse a risultamenti, a' quali in origine non fu mirato, e che, preveduti, avrebbero forse destate obbiezioni contro l'intiero assunto. — Col loro carattere d'impero esclusivo, i moderni Codici diederò una base del tutto nuova al Diritto positivo de' paesi, pe' quali furono emanati; una base nuova quanto a forma, giacchè nella loro sfera non è più dato di parlare di applicazione diretta del Diritto romano; non nuova invece quanto a sostanza, mentre anche ne' moderni Codici continuano a sussistere le idee e le regole di Diritto, ch' hanno radice nei fonti di Diritto che li precedettero. Perciò non è possibile conoscerli a fondo, se non quando se ne esamini il tenore col risalire alla loro primitiva origine; sicchè per l'emanazione di nuovi Codici, non divenne meno indispensabile uno studio profondo degli antichi fonti di Diritto, benchè molti si dessero a credere, che, divenuto superfluo quello studio, di tanto più facile divenisse il culto della scienza del Diritto.

E questa è la ragione, per la quale abbiamo tolto a soggetto della presente opera il Diritto romano attuale (§ 1). Provvedendosi per tal guisa, tanto alla diretta applicazione in que' paesi, ove i precedenti fonti di Diritto mantennero l'impero, quanto ad una cognizione profonda

Digitized by Google

de' nuovi Codici, ove furono introdotti, è chiaro, come lo studio del Diritto romano attuale, sia il più fecondo per vivificare la scienza giuridica e la pratica che vi si attiene.

§ 22.

Dettati dei Romani sui fonti di Diritto in generale (a).

Esposta così la natura de' nostri fonti di Diritto, voglionsi porre a confronto i principii, che i Romani sancirono su questo medesimo argomento, nè potremo indagarne l' importanza, se non dopo averli qui riassunti. Alcun che di tal genere, potrebbesi rinvenire anche nel Diritto canonico e nelle leggi imperiali, ma è tanto poco, che il possiamo acconciamente aggiungere in fine, come appendice a ciò, che si ritrae dal Jus romano.

L' enumerazione de' fonti di Diritto, quale trovasi in più luoghi de' giureconsulti romani, non si appoggia ad un dato sistema. Que'giureconsulti espongono soltanto le forme, sotto le quali si manifesta esteriormente il Diritto, senza badare alla sua sostanza e derivazione, nè pensare ad ordinarle per classi, secondo l'affinità, o dissonanza del loro contenuto. Per essi, adunque, una tale enumerazione, che ben corrisponde al loro senso pratico, era una specie d' istruzione pel giudice, affinch'egli sapesse, cui ricorrere, per aver lume in alcuna controversia di Diritto. Di tal natura

(a) Puchta, *Diritto consuetudinario,* vol. I, e specialmente i cap. 4, 5, 6.

Digitized by Google

semplicemente esterna, è la divisione sì frequente del Diritto in *jus scriptum* e *non scriptum* (*b*), che dee prendersi a rigor di parola, sebbene i Romani non vi dessero una speciale importanza. *Jus scriptum* è adunque quel Diritto, che emana da un testo scritto (*c*). Alcuni autori moderni credettero non doversi accontentare di siffatto significato letterale e dissero *jus scriptum* essere quello promulgato dal legislatore, *non scriptum* l'altro non promulgato, cioè il Diritto consuetudinario, senza che nel primo o nel secondo facesse differenza l'uso della scrittura (*d*). Altri danno ragione ad ambe le parti, ammettendo che la divisione

(*b*) § 3, 9, 10, *J. de jure natur.* (I, 2), L. 6, § 1, *de J. et J.* (I, 1), L. 2, § 5, 12, *de orig. jur.* (I, 2). — Un passo, che esclude assolutamente qualsiasi significato non letterale, è quello di Cicerone, de partit. orat. C. 37. « *sed propria legis et ea,* quae scripta sunt, *et ea quae* sine litteris, *aut gentium jure aut majorum more, retinentur.* »

(*c*) Così l'Editto Pretorio era *jus scriptum*, anche se aveva per base l'antico Diritto consuetudinario, perchè questo, passando nell'Editto, veniva riconosciuto, accertato e fors' anche riformato, in maniera tale da potersi, per la pratica, considerare come cosa nuova. Così anche i responsi dei giureconsulti erano *jus scriptum*, perchè la scrittura serviva a fissarne l'autorità. Però una massima del Diritto consuetudinario, non diventava *jus scriptum* per essere stata accolta ed ammessa per vera da giureconsulti ne' loro sistemi, giacchè questo era oggetto puramente della scienza, nè avea relazione colla origine del principio ammesso. — Vedi Thibaut § 10. — La spiegazione che dà Zimmern, Vol. I, § 14, non è tanto erronea, quanto piuttosto troppo sottile, e quindi non adattata alla cosa.

(*d*) Hübner, Correzioni ed aggiunte ad Höpfner, p. 152.

Digitized by Google

abbia un significato scientifico ed uno grammaticale, a cui ognuno può appigliarsi a suo talento (*e*).

Gajo riassume i fonti di Diritto nel modo seguente: legge, plebiscito, senatusconsulto, costituzioni imperiali, editti, responsi de' giureconsulti (*f*). Lo stesso fanno le Istituzioni di Giustiniano, salvo che enumerano anche i fonti del Diritto non iscritto (*g*). Pomponio dà prima una esposizione cronologica dell' origine del Diritto, e poi riassume così i differenti elementi generatori: legge, *prudentium interpretatio, legis actiones*, plebiscito, editto, senatusconsulto, costituzioni imperiali (*h*). Papiniano, finalmente, concorda in tutto con Gajo, e solamente (al pari di Pomponio), invece degli speciali responsi, cita in genere l' autorità de' Prudenti (*i*). — La differenza, adunque, fra questi varii modi di enumerare i fonti del Diritto consiste innanzi nell' ordine, nel quale vanno collocati; poscia nell'essere annoverato, o

(*e*) Glück, I, § 82, si diffonde soverchiamente su questo argomento, e cita i precedenti scrittori. L' opinione, che combattiamo, ha la sua origine, ma non la sua giustificazione nella L. 35, 36, *de legibus* (I, 3). — In tale errore ha però di vero, che il Diritto scritto è esternamente riconoscibile nella lettera invariabile, sicchè la sua esistenza ed il suo contenuto, acquistano, in confronto del Diritto consuetudinario, una certezza maggiore. Ma non vi è minimamente necessaria l' autorità del legislatore, mentre il pretore nel suo Editto faceva *jus scriptum*, senza esser tale.

(*f*) Gajo, I, § 2-7.

(*g*) § 3-9. *J. de j. nat.* (I, 2).

(*h*) L. 2, § 12, *de orig. jur.* (I, 2).

(*i*) L. 7, *de J. et J.* (I, 1).

Digitized by Google

no, il Diritto non iscritto; indi nel vario modo di considerare il Diritto de' giureconsulti, e finalmente nell' aggiunta delle *legis actiones*, fatta dal solo Pomponio. Ned è difficile spiegare quest'ultimo divario; infatti, quanto non sarebbe stato opportuno in opere sul Diritto contemporaneamente in vigore, poteva benissimo annoverarsi in un prospetto della storia del Diritto, qual' era quello di Pomponio.

Anche ne' libri de' retori, noi rinveniamo riassunti i fonti di Diritto e tra tutti Cicerone, ne' suoi Topici, s'avvicina maggiormente all' enumerazione data da' giuristi; il che corrisponde allo scopo di quel libro (*k*). Gli altri si avvolgono in ispeculative investigazioni lor proprie sull' origine primitiva delle idee giuridiche (*l*), nelle quali investigazioni, non solo sono assai confusi, nè esauriscono l'argomento, ma, sebbene sia in contraddizione col loro proposito, s' accontentano, al pari di que' giuristi, di annotare lo stato esteriore del Diritto; anzi, nella loro confusione, vanno tant' oltre da cadere nell'errore, onde sono del tutto esenti que' giureconsulti, di parificare ai fonti le basi di fatto, che danno origine ai varii rapporti di Diritto (*m*).

(*k*) Cicerone, *Top.* C. 5, « *ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.* »

(*l*) Cicerone, *de invent.* II, Cap. 22, 53, 54, — *de partit. oratoria,* C. 37. — *Auct. ad Herennium,* II, C. 13.

(*m*) Così, a modo d'esempio, Cicerone *de part. or.* C. 37. Tutto il Diritto sorge dalla natura e dalla legge. Questa è in parte scritta ed in parte non scritta. La iscritta deriva o da atti d' una pubblica podestà:

Digitized by Google

Con molto maggiore studio, invece, trattarono gli antichi giureconsulti di due antitesi nella formazione del Diritto, le quali aveano un interesse speciale nella pratica, quelle cioè, che servono di base alle due divisioni di *jus civile* e *jus gentium*, e di *jus civile* e *jus honorarium*. Ecco il senso della prima distinzione (*n*). Le comunicazioni di Roma coi popoli stranieri finitimi, rendendo necessaria l'applicazione del Diritto dei peregrini, oltre all' indigeno, innanzi ai Tribunali romani, ne resero pur necessaria la cognizione, la quale non dovea limitarsi al Diritto speciale d'uno Stato, ma estendersi altresì a quello comune a più Stati. Diffondendosi ognora più il dominio romano, e quindi moltiplicandosi le relazioni cogli stranieri, dovettero le cose considerarsi più dall' alto; sicchè insensibilmente si venne all' idea più astratta d' un Diritto comune ai Romani ed a tutti i popoli stranieri, cioè comune a tutti gli uomini (*o*). Questa idea era desunta unicamente dalla loro esperienza, e per conseguenza non fondata su principii assoluti, sicchè i Romani medesimi non poteano illudersi sulla manchevolezza della loro induzione; ed in vero essi da un canto non conoscevano tutti i popoli allora esistenti, nè

lex, *senatusconsultum*, *foedus*, o da atti de' privati: *tabulae*, *pactum conventum*, *stipulatio*. I contratti sono annoverati anche nel Diritto non iscritto. In ciò convengono anche i passi succitati.

(*n*) Vedi Dirksen *Eigenthümlichkeit des Jus gentium*, nel *Museo Renano*, vol. I, p. 1-50. — Puchta, *Diritto consuetudinario*, vol. I, p. 32-40.

(*o*) *Omnes homines, omnes gentes, gentes humanae*, Gajo, I, § 1, L. 9, L. 1, § 4, *de J. et J.* (I, 1).

Digitized by Google

d'altra parte, nel porre ciascun principio del *Jus gentium*, aveano con diligenza esaminato, se realmente presso tutti i popoli conosciuti egli avesse impero. Per altro, ammessa una siffatta universalità, benchè relativa, era ragionevole il risalirne all'origine e questa fu rinvenuta, in genere, nella ragion naturale *(naturalis ratio)*, cioè, nella coscienza giuridica comune, insita nella umana natura (*p*), donde necessaria conseguenza, l'immutabilità di questo Diritto (*q*). Conviene, però, avvertire che i Romani s'accontentarono di riconoscere una tale origine in generale, senza però giustificare, colla scorta di essa, ciascun principio del Jus delle genti.

Posto ora a confronto il Diritto nazionale de' Romani col Diritto generale, ci si offrono le seguenti osservazioni. Alcuni instituti, e le regole di Diritto ad essi attinenti, furono in realtà sempre comuni a tutti, e perciò fanno parte del jus delle genti, e del jus civile ad un tempo. Tale era la maggior parte de' contratti, che cadono negli usi giornalieri della vita, come la vendita, la locazione, la società, ec.; la maggior parte dei delitti, in quanto importano l'obbligo di un risarcimento; la tradizione, qual modo di acquisizione della proprietà, già ammessa anche dal Diritto civile nell'applicazione alle *res nec mancipi*, e finalmente la schiavitù,

(*p*) Gajo I, §, 1, 189, II, § 66, 69, 79. L. 9, *de J. et J.* (I, 1), L. 1, *pr. de adqu. rer. dom.* (XLI, 1). Negli scritti de' retori d'ordinario è detta senza più *natura*. (Vedi la nota *l*). — La base più generale di cotesta opinione, fu già indicata alla fine del § 8.

(*q*) L. 11, *de J. et J.* (I, 1), § 11, *J. de j. nat.* (I, 2).

Digitized by Google

tristo retaggio della nascita. — Però il numero di gran lunga maggiore degl' instituti apparteneva esclusivamente al Diritto nazionale; come sarebbe a dire il matrimonio, che anche nella sua più libera forma non poteasi contrarre, se non tra cittadini romani, e quindi era regolato da norme di natura tutta positiva; ed ancora più la patria podestà, e l' agnazione, che ne ritraeva l' origine. Tali erano pure la parte maggiore e più importante dei titoli d' acquisto della proprietà, come la mancipazione, l' usucapione e simili; nelle obbligazioni la *verborum* e *literarum obligatio*, i delitti, in quanto importavano una pena, non da principii immutabili determinata, e finalmente tutto il diritto di successione ereditaria. — Tuttavia, i più tra questi instituti positivi, hanno pure una base generale, e si riscontrano quindi anche nel Diritto straniero nella loro essenza, benchè sotto altre forme; e perciò accresciutesi le comunicazioni di Roma cogli stranieri, avvenne che i Tribunali romani medesimi ammisero nella pratica, a lato di questi instituti positivi, altri instituti affini, derivati dal Diritto generale. Di tal maniera, oltre al matrimonio, secondo il jus civile, ne riconobbero un altro, secondo il *jus gentium*, valido del pari, ma producente minori effetti; oltre alla agnazione, riconobbero una *naturalis cognatio*, oltre la proprietà *ex jure Quiritium*, quella *in bonis*, e, conservate le forme più severe della stipulazione *(spondes spondeo)*, ammisero forme più libere, accessibili anche a' peregrini. Il diritto di eredità, che più degli altri ha una natura strettamente positiva, andò meno soggetto a siffatta ampliazione, eppure

Digitized by Google

il diritto di succedere *ab intestato*, accordato a' cognati, ed ognora più esteso, deriva dal medesimo sviluppo naturale del Diritto. — Tale confronto ci addita, come l' accennato antagonismo tra il Diritto indigeno ed il Diritto generale (*jus civile* e *jus gentium*) non sia assoluto, dacchè una gran parte del primo, appartiene in pari tempo al secondo (*r*). Di più coll' andar del tempo, anche quello stesso antagonismo parziale, dovea ognora maggiormente diminuirsi, essendo inevitabile una certa assimilazione pel contatto pratico, in cui ambedue i sistemi di Diritto venivano continuamente innanzi a' Tribunali del medesimo Stato.

Da queste considerazioni ritraggono una spiegazione semplicissima le due denominazioni, da noi usate come affatto equipollenti, di *jus gentium*, ossia Diritto, che si riscontra presso tutti i popoli conosciuti, e di *jus naturale*, ossia Diritto, che deriva dalla coscienza giuridica comune, insita nell' umana natura (*s*). — Però tra le due forme della stessa idea, la prima vuolsi considerare come preponderante, sicchè, pei Romani, il *jus gentium*, non meno del *jus civile*, fosse

(*r*) Considerata sotto questo aspetto, l' antitesi, di cui favelliamo, è affine, ma non per altro identica, a quella tra il *jus strictum* e l' *aequitas*, tra il *jus* (o *juris ratio*) e l' *utilitas*. Le considerazioni generali, fatte più sopra su questo argomento, trovano qui un' applicazione storica speciale.

(*s*) Questa terminologia, fondata sulla duplice divisione, di cui abbiamo finora fatto parola, può considerarsi come preponderante anche tra' giureconsulti romani. Tuttavia eravi anche una triplice divisione in *jus naturale*, *gentium* e *civile*. Ne tratta l' appendice I di questo volume.

Digitized by Google

un Diritto affatto positivo, storicamente sorto e cresciuto. Di pari passo, che la nazione romana, signora di tanti diversi popoli, nell' assimilarli a sè stessa, perdeva nel tempo medesimo della propria individualità per l' aggregazione di una massa sì enorme ed indeterminata; così il Diritto delle genti, ognora più acconcio alle nuove condizioni, dovea acquistare quel predominio, che gli vediamo realmente accordato nella legislazione di Giustiniano. Tale grande cangiamento è adunque opera d' una necessità interna, nè vuolsi biasimare quale arbitrio, o lodare quasi frutto di saggezza: tuttavia merita sommo encomio l' aver giustamente apprezzata, più che mai, ne' tempi precedenti, la forza graduale e tacita di quella necessità e d' aver, per tal ragione, conciliata la lettera morta del Diritto col mutamento sorvenuto nel suo spirito e nella sua essenza, in un modo più soddisfacente di quello, che si potesse in quel secolo attenderne. Il più grande interesse pratico dell' antagonismo fra il *jus civile* ed il *jus gentium* procedeva allora dalla diversa applicazione, che facevasi dei due sistemi di Diritto a seconda della condizione personale del soggetto; infatti i rapporti di Diritto, tutto proprii del jus civile, non poteansi in origine contrarre, se non da' cittadini romani, e, benchè più tardi vi fossero ammessi in qualche parte anche i Latini, non furono mai accessibili a' peregrini; quelli invece del *jus gentium* erano aperti a chiunque non fosse in genere incapace di diritti. – Questa medesima differenza nell' applicazione delle regole di Diritto, a seconda dei due sistemi, riscontrasi parimenti riguardo a' beni immobili, per modo

Digitized by Google

che gl' instituti e le regole del Diritto reale o si poteano attuare solamente in Italia, o si lasciavano estendere anche alle provincie, secondo che appartenevano al *jus civile* (come la mancipazione e l' usucapione) o al *jus gentium* (come la tradizione). E qui taluno potrebbe ancora chiedere, in quale relazione la divisione fin qui discorsa, stia col jus scritto e non iscritto. Dell'ultimo per consueto, non si fa cenno, non se a proposito del jus civile; sicchè sembra quasi ne sia una suddivisione, ma siffatta restrizione, non si fonda su alcuna ragione interna; che anzi, procedendo il jus delle genti da una collezione progressiva e dal confronto di più Diritti stranieri, e fondandosi perciò sopra una operazione intellettuale, in cui non puossi immaginare alcun testo scritto, se anche da leggi scritte, raccolse alcun principio, è certo che pei Romani tutto il *jus gentium*, originariamente (quando cioè per avventura non sia ricevuto in un editto) appartiene al Diritto non iscritto, e ne costituisce una seconda parte a lato del Diritto consuetudinario nazionale, ossia dei *mores majorum*. La quale idea, benchè nessun giureconsulto ne parli, si trova in Cicerone (*t*). - Conviene da ultimo por mente ad un' altra relazione fra le due specie di Diritto. Essendo il *jus gentium*, divenuto in Roma un sistema di Diritto sussistente da sè, di natura positiva, ed applicabile nella pratica, dovea necessariamente subire l'influenza anche di disposizioni del *jus civile*, e quindi se alcun che era dal Diritto civile vietato, come sarebbe a dire il matrimonio in

(*t*) Cicerone, *de partitione oratoria*, C. 37. Vedi sopra la nota *b*.

Digitized by Google

un dato grado di parentela, non potea esso legalmente farsi in Roma, nemmeno secondo il Diritto delle genti, quantunque non sussistendo per avventura il divieto tra popoli stranieri, quell' atto fosse tra loro valido (*u*); così da un contratto vietato dal jus civile (p. e. dai debiti di giuoco, e dagli interessi usuratizii) non potea mai sorgere una *naturalis obligatio*. Cicerone esprime precisamente quest' influenza del *jus civile* sul *jus gentium*, allorchè dice (*de partit. orat.* C. 37) « *atque etiam hoc imprimis, ut* nostros mores legesque *tueamur, quodammodo* naturali jure praescriptum est ». S' intende per altro da sè, che siffatta influenza non vuol essere attribuita se non a quelle regole del *jus civile*, che hanno la natura d' un Diritto assoluto (§ 16).

La seconda distinzione importante, che più sopra abbiamo accennata, era quella di *jus civile* e *jus honorarium* (*v*). La significanza pratica di siffatta divisione non consisteva

(*u*) § 12 *J. de nupt.* (I, 10). Vedi al § 65 la nota *b*. — In tali casi il *jus gentium*, può essere in certo qual modo, sotto un duplice aspetto considerato; speculativamente, qualora si badi solo all' origine dei principii di diritto, praticamente, qualora si esaminino le forme, che dovea assumere innanzi a Tribunali romani.

(*v*) L. 7 *pr. de J. et J.* (I, 1); L. 2, § 10 *de orig. jur.* (I, 2); § 7, *J. de j. nat.* (I, 2). — Quindi *jus civile* avea in generale significati assai differenti. Infatti vuol dire: 1) Diritto privato (§ 1); 2) Diritto positivo d' uno Stato qualunque; 3) in ispecie quello de' Romani, § 1, 2, 3, *J. de j. nat.* (I, 2); L. 6 *pr.*, L. 9 *de J. et J.* (I, 1); 4) in senso più stretto, il Diritto romano, escluso l' *honorarium*, L. 7 *de J. et J.* (I, 1); 5) in senso più stretto ancora, quello che non ha alcun nome speciale. L. 2, § 5, 6, 8, 12 *de orig. jur.* (I, 2).

Digitized by Google

punto in ciò, che il *jus honorarium* avesse minore efficacia, e dovesse p. e. in caso di collisione, piegare innanzi al *jus civile*, ma procedeva dall' essere la validità del primo limitata alla cerchia giurisdizionale, ed alla durata in ufficio, del magistrato, suo autore; mentre all' opposto ogni forma appartenente al *jus civile* poteva aver vigore in tutte le parti dell' Impero, ed in qualunque tempo (*w*). A queste diffinizioni vuolsi avere riguardo ne' frequenti casi, in cui troviamo dato al *jus civile* il nome di *lex* o *quod legis vicem obtinet* (*x*), e nelle diligenti disquisizioni degli antichi giureconsulti, intese a determinare se questo o quel fonte di Diritto possa tenersi in conto di legge (*y*). Tale distinzione,

(*w*) Non diciamo che dappertutto imperasse, ma soltanto che fosse per sè capace d' imperare. Così p. e. gli editti degli imperatori aveano, di regola, forza di legge in tutto l' impero, ma pel loro contenuto poteano riferirsi soltanto ad una provincia o città. I responsi, ed in origine anche i rescritti, non aveano autorità che pel solo affare, cui concernevano, aveano quindi un ristrettissimo impero; ma tale autorità, benchè ristretta, s' estendeva ad ogni parte dell' impero. L' editto d' un magistrato, all' incontro, non avea, per sua natura, forza di legge se non entro i confini del circondario, su cui esercitava la propria giurisdizione il suo autore.

(*x*) Gajo, IV, § 118: « Exceptiones... omnes vel ex legibus, vel » ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt vel ex jurisdictio- » ne praetoris proditae sunt. » L. 14 *de condit. inst.* (XXVIII, 7). — Quanto Gajo dice casualmente delle eccezioni, s' applica ugualmente alle azioni.

(*y*) Hanno le veci di legge: 1) i senatoconsulti. Gajo, I, § 4 — 2) le costituzioni imperiali. Gajo, I, § 5. L. 1, *pr. de const.* (I, 4), (perfino gli imperiales *contractus*. L. 26, *C. de don. int. vir.* V, 16) —

Digitized by Google

prettamente pratica, moveva da più alto principio. Con plebisciti, con senatoconsulti, con costituzioni imperiali creavasi in realtà un Diritto nuovo, mentre all'incontro il pretore nel suo editto, non istabiliva già quanto per lo innanzi avesse ad essere Diritto (il che eccedeva i limiti della sua competenza), ma indicava soltanto quello ch'egli risguardava come Diritto e voleva come tale amministrare, sicchè non faceva, se non avvertire sui principii che intendeva seguire nell'esercizio delle sue funzioni. Per tal ragione le regole di Diritto dell'una specie furon qualificate come imperanti *ipso jure*, quelle dell'altra *jurisdictione, tuitione praetoris.* Il riscontro ci riuscirà ancor più chiaro, paragonandolo alle distinzioni già sopravvertite. – S'intende da sè, che il *jus honorarium* appartiene per intiero al Diritto scritto, sicchè il non iscritto s'attiene esclusivamente al *jus civile.* Più incerta, invece, potrebbe apparire la relazione del *jus honorarium* col *jus gentium.* S'ingannerebbe, innanzi tutto, chi volesse reputarli identici, mentre l'editto del pretore urbano, in parte conteneva disposizioni di Diritto romano propriamente detto, ed in parte non di rado propugnava l'*utilitas*, che non s'accordava colle regole della *naturalis ratio* (§ 15) (z). Così, non si dovrebbe inoltre nemmeno

3) i responsi. Gajo, I, § 7 — 4) il Diritto consuetudinario. L. 32, § 1. L. 33 *de leg.* (I, 3) « pro lege » L. 38 *Cod.* « vim legis » L. 3 *C. quae sit longa cons.* (VIII, 53) « legis vicem » § 9 *J. de j. nat.* (I, 2) « legem imitantur. »

(z) Düroi, *Archiv.* V. VI, p. 308, 309, 393, da esempi di tali conflitti dell'editto col *jus gentium.*

Digitized by Google

considerare il *jus civile* e l'*honorarium*, come una suddivisione del *jus civile*, contrapposto al *jus gentium*, dacchè gli editti provinciali, oltre alle disposizioni di semplice Diritto particolare, ne contenevano molte del *jus gentium*, e dacchè il Diritto delle genti dovea essere ancora più preponderante nell' editto del pretore de' peregrini. La vera affinità di que' due Diritti consiste propriamente in ciò, che molto di generale, contenuto nel *jus gentium*, passava nel *jus civile* dei Romani, e che, come già notammo, il ravvicinamento n' era assai di frequente operato, per mezzo del *jus honorarium*. Si potrebbe inoltre ancora più in generale domandare se il Diritto de' pretori, nella parte che conteneva un Diritto nuovo, e specialmente in quanto riformava il *jus civile*, fosse legge o consuetudine. Al presente possiamo avere per irrevocabil sentenza, che ritraesse la sua forza modificatrice unicamente dal Diritto consuetudinario, anzichè da un potere proprio del pretore (§ 25 *t*). Tuttavia sarebbe un errore il volerne desumere, che il pretore non facesse altro, se non ridurre in iscritto il Diritto consuetudinario. È vero che il Diritto popolare gliene porgeva la materia, ma il pretore avea piena libertà di sviluppare ne' particolari e di porre in atto il Diritto perfezionato, che ne risultava *(corrigendi juris civilis)* e di riempiere i vuoti, che vi fossero stati nel Diritto civile *(supplendi juris civilis)* (*aa*). In realtà, quindi, la formazione progressiva del

(*aa*) Alcuni testi ci mostrano l'editto fondato sul Diritto consuetudinario (§ 25 *t*), altri oppongono il Diritto consuetudinario all' editto,

Digitized by Google

Diritto, procedeva per la più parte ad opera dei pretori, e, cangiandosi questi ogni anno, aveva di nuovo alcun che di popolare, quantunque di colore aristocratico.

Quanto abbiamo detto finora sulle idee generali dei Romani, relativamente ai fonti di Diritto, vuolsi limitare al tempo, in cui la scienza del jus conservò ancora un po' di vita. D'allora in poi, cioè, principiando dagli imperatori cristiani, le idee radicalmente si mutarono. Non vi furono più altri fonti di Diritto che le *leges* ed il *jus*, cioè gli editti imperiali ed il Diritto scientificamente trattato (§ 15 *a*), nelle quali due forme s'erano tutte le altre confuse. Valentiniano III assoggettò a regole fisse l'uso dell'autorità de' trattatisti ne' Tribunali (§ 26). Ma i fonti di Diritto si fecero ancora più semplici dopo la legislazione di Giustiniano; infatti egli sancì qual legge una parte delle opere de' giureconsulti, tolse ogni autorità alla parte molto maggiore che rimaneva, e vietò per l'avvenire di comporne di nuove (§ 26). Non avendo più i Digesti il valore di *jus*, ma forza di legge, potrebbe dirsi non esservi più altri fonti di Diritto, che le costituzioni imperiali; salvo però alcun poco il Diritto consuetudinario, delle cui meschine proporzioni, non andrà guari che terremo discorso. — Anche le distinzioni generali di *jus civile* e *gentium*, *civile* ed *hono-*

come Gajo III, § 82: *neque lege XII tab., neque praetoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est*, e § 3-9, *J. de j. nat.* Questa contraddizione apparente si spiega osservando, che in questi ultimi passi viene detto Diritto consuetudinario [solamente quello, che rimase in tale forma originaria, nè fu accolto nell' editto.

Digitized by Google

rarium non doveano più accennarsi che storicamente nella legislazione di Giustiniano, come per il fatto avvenne; imperciocchè, se pure non erano del tutto escluse da ogni applicazione pratica, non aveano però più alcuna pratica importanza. Valeva ancora la regola, che solo il cittadino romano potesse contrarre valido matrimonio, acquistare la patria podestà, far testamento ed essere instituito erede, ma allora i peregrini, privi di tali capacità, non erano più che gli stranieri, e quindi per rispetto a' Romani, e per que' Tribunali, non aveano alcuna importanza; di più anche per questi stranieri, una gran parte della differenza, nell' atto pratico, era tolta colla novella 118, la quale non esigeva più l' agnazione per condizione della successione intestata. — Già da lunga pezza non sorgeva più alcun *jus honorarium* nuovo, e quindi non potea più trattarsi de' confini geografici della sua applicabilità.

§ 23.

Dettati de' Romani sulle leggi.

Fonti: *Dig.* I, 3, 4.
Cod. Just. I, 14, 15, 19, 22, 23.
Cod. Theod. I, 1, 2, 3.

Poco assai ci danno i fonti di Diritto sulle forme più antiche della legislazione; non vi riscontriamo infatti se non luoghi comuni, istruzioni per norma de' legislatori,

Digitized by Google

da' quali non havvi gran fatto da imparare (*a*). E quantunque gli antichi giureconsulti porgessero istruttive nozioni sul posto, che avea nell'antico Diritto pubblico, ogni specie di decreti popolari e sul potere legislativo del Senato, non era da attendere che avessero ad essere accolte nelle collezioni di Giustiniano, perchè troppo lontane da quel tempo (*b*).

Invece, le notizie e le regole sulle leggi imperiali hanno molto maggior importanza, e più vi armonizzano; attuabili erano ancora a tempi di Giustiniano, e pur oggidì può ricorrerne, almeno, una parziale applicazione. Gajo ed Ulpiano concordano nel dire, che tutte le *Constitutiones* aveano forza di legge, perchè ogni imperatore veniva assunto all'impero in virtù d' una legge (*c*); e ne annoverano tre specie, cioè editti, decreti e rescritti, a' quali noi dobbiamo aggiugnere altresì i mandati.

I. *Editti*. Questa specie di legge non s' attiene direttamente al Diritto pubblico della repubblica quanto al solo nome, ma altresì quanto al Diritto di emanarla. Erano di-

(*a*) L. 3-6, 8, 10-12, *de leg.* (I, 2).

(*b*) Le poche parole mutilate di Ulpiano, *tit. de leg.* § 3, confermano tale supposizione. Vedi Blume, *Zeitschrift f. geschichtl Rechtswiss.* IV, 367.

(*c*) Gajo I, § 5. — L. 1, *de const. princ.* di Ulpiano riprodotta nel § 6. *J. de j. nat.* (I, 2). Qui non occorre indagare, che nel Digesto e nelle Istituzioni la *lex regia* avesse un significato diverso dal primitivo. — Per solito *constitutio* esprime il genere intiero, talvolta solo gli editti, per contrapposto a' rescritti. L. 3, C. *si minor.* (II, 43).

Digitized by Google

sposizioni promulgate dall' imperatore, in virtù d' una magistratura, della quale era investito, quali emanavansi, e prima de' tempi imperiali, ed a lungo ancora sotto gl' imperatori, da' pretori, proconsoli e simili. L' editto non fu però ne' primi tempi usato per gli atti più importanti del supremo potere, e ne è ovvia spiegazione il lungo ed incessante sforzo degli imperatori di governare secondo le forme antiche, per l' addietro costumate, ed il fatto che quella forma, finchè la si manteneva rigorosamente ne' primitivi suoi limiti, male era acconcia per una legislazione generale. E per verità, un editto emanato da un imperatore, in virtù della sua *tribunicia* o *proconsularis potestas*, non avea forza di legge, se non in Roma, come il potere stesso de' tribuni, o nelle provincie, che, come proconsole, all' imperatore erano state assegnate. I suoi editti non poterono perciò essere riguardati come leggi dell' impero, se non quando si prese a considerarlo e lo si ammise qual magistrato sovrano di tutto l' impero, e per tale ragione è notevole che oramai Gajo attribuisse agli editti imperiali *legis vicem* e li dichiarasse, per tal modo, superiori a qualunque limite di circuito giurisdizionale, mentre tutti gli altri aveano per carattere fondamentale l' essere ristretti ad aver vigore entro un dato circuito, ed in ciò appunto distinguevansi dalla *lex et quod legis vicem obtinet* (§ 22). Tuttavia, anche ne' primi secoli, riscontriamo non pochi editti imperiali di autenticità certa; noi, però, consideriamo per indubbi soltanto quelli, con simile denominazione, citati ne' fonti di Diritto, non potendosi dagli storici pretendere che, con al-

Digitized by Google

trettanto rigoroso studio, s' attengano all' uso de' termini tecnici (*d*).

Avendo adunque gli editti, a differenza delle altre Constituzioni, forza generalmente obbligatoria, come vere leggi, importava molto conoscere i caratteri, ai quali sicuramente si potessero distinguere. Teodosio II e Valentiniano III così li indicano in un editto: il nome di *edictum* o *generalis lex*, la comunicazione al Senato per mezzo di una *oratio*, la promulgazione per opera de' luogotenenti delle provincie, e finalmente il cenno espresso, che la Costituzione dovesse aver forza obbligatoria per tutti. Non occorreva però che

(*d*) Daremo qui una rivista di editti di autenticità certa, la quale può, fuor di dubbio, essere maggiormente estesa. Quattro di Augusto L. 2, *pr. de Sc. Vell.* (XVI, 1), L. 26 *de lib.* (XXVIII, 2), L. 8, *pr. de quaest.* (XLVIII, 18), *Auct. de j. fisci* § 8. — Quattro di Claudio L. 2, *pr. ad Sc. Vell.* (XVI, 1), L. 15, *pr. ad L. Corn. de falsis* (XLVIII, 10), L. 2, *qui sine man.* (XL, 8), L. *un.*, § 3, *C. de lat. lib.* (VII, 6), Ulpiano, III, § 6. — Due di Vespasiano, L. 4, § 6 *de legat.* (L. 7), L. 2, *C. de aed. priv.* — Uno di Domiziano, L. 2, § 1, *de cust.* (XLVIII, 3). — Uno di Nerva, L. 4, *pr. ne statu* (XL, 15). — Quattro di Trajano, L. 6, § 1, *de extr. crim.* (XLVII, 11), Gajo III, § 172, § 4 *J. de succ. lib.* (III, 7), L. 13, *pr.* § 1, *de j. fisci* (XLIX, 14), *Auct. de j. fisci*, § 6. — Due di Adriano, Gajo I, § 55, 93, L. 3, *C. de ed. D. Hadr.* (VI, 33). — Uno di Pio, L. 11, *de muner.* (L, 4). — Tre di Marco, § 14, *J. de usuc.* (II, 6), L. 24, § 1, *de reb. auct. jud.* (XLII, 5), L. 3, *C. si adv. fiscum* (II, 37). — Uno di Severo L. 3, § 4, *de sep. viol.* (XLVII, 12). — Si possono poi annoverare fra gli editti, anche le notificazioni al popolo, aliene al Diritto, p. e. quella di Nerva, accennata nelle lettere di Plinio, X, 66.

Digitized by Google

tutti insieme questi caratteri concorressero nell' atto, ma bastava che ce ne fosse anche uno solo (*e*). Nè, come dice espressamente il citato editto, vi faceva ostacolo che il motivo della legge fosse stata la decisione d' una controversia speciale di Diritto, nè che il suo tenore s'applicasse ad un certo ordine, anzichè a tutti i Romani (*f*), perchè anche tali disposizioni da ognuno doveano essere conosciute e rispettate; nè finalmente che fosse indirizzata ad una speciale magistratura, la quale forse, colle sue ricerche, l'avea provocata (*g*). — Que' due imperatori dichia-

(*e*) L. 3 *C. de leg.* (I, 14).

(*f*) Quello che i nostri giureconsulti dicono *jus singulare*. Così p. e. alcuni editti di Augusto e di Claudio, concernevano soltanto le cauzioni delle donne, ed un editto di Augusto proibiva la diseredazione de' soldati L. 2, *pr. ad Sc. Vell.* (XVI, 1) L. 26, *de lib.* (XXVIII, 2). Quindi questi tuttavia, erano *generales leges* (secondo l' uso de' tempi posteriori). Güyet, *Abhandlungen*, p. 42, s' inganna su questo argomento.

(*g*) La parte di gran lunga maggiore delle leggi imperiali e specialmente di quelle di Giustiniano, erano indirizzate ad un magistrato, come sarebbe ad un *praefectus praetorio*, e per tale lor forma poteano dirsi anche rescritti; nessuno per altro revocava in dubbio, che non fossero veri *edicta, generales leges, leges edictales*, e perciò non soleansi chiamare rescritti, benchè, come abbiamo detto, siffatto nome loro si adattasse. Il confronto colle nostre istituzioni, renderà più chiara la cosa. Tutto quello che viene pubblicato nella Collezione delle leggi prussiane, ha ugualmente piena forza di legge, sia legge o semplice ordinanza, tanto se sia indirizzata immediatamente a tutti i sudditi ed impiegati, quanto se consista di un ordine di gabinetto al ministero o ad un solo ministro. Vedi § 21, nota *e*.

Digitized by Google

rarono inoltre che per l'avvenire avrebbero fatto cooperare anche il Senato alla compilazione degli editti (*h*), senza intendere però certamente, che dall'osservanza di tale formalità dovesse dipendere l'autorità di legge. — Finalmente riconoscono altresì la necessità della promulgazione delle leggi, senza determinarne però la forma, il che solo potrebbe avere una pratica importanza (*i*).

II. *Decreti.* Per decreto s'intende ogni decisione proferita dall'imperatore, quale giudice supremo, tanto interlocutoria, quanto definitiva (*k*). Non ci sembra coerente, l'attribuire anche a'decreti, come ad ogni altra costituzione, forza di legge pel caso speciale, in cui essi vennero emanati, quando doveano piuttosto considerarsi come decisioni giudiziali, sempre obbligatorie, siccome quelle, che emanavano dalla suprema istanza dell'Impero. Quell'erroneo avviso, trae forse radice dall'essere la giurisdizione imperiale alcun che di straordinario, cui direttamente non potevano applicarsi le idee di *judicium* e *res judicata*; vuolsi dir quindi, che s'intendesse esprimere assolutamente come la sentenza dell'imperatore, non meno di quella di un giudice, anzi più validamente ancora, regolasse immutabilmente il rapporto contenzioso di Diritto. — Nella sostanza poi tra'decreti e le sentenze di un giudice, passate in giudi-

(*h*) L. 8 *C. de leg.* (I, 14).

(*i*) L. 9 *C. de leg.* (I, 14).

(*k*) L. 1, § 1 *de const. princ.* (I, 4). « Quodcumque igitur Imp... vel *cognoscens decrevit*, vel *de plano interlocutus* est... legem esse constat. »

Digitized by Google

cato, non eravi certamente differenza essenziale; ed infatti la loro efficacia restringevasi al caso speciale, e perfino le regole di Diritto contenute nella decisione, non poteano, come leggi, applicarsi ad altri casi. Non vuolsi, però, negare che la regola di Diritto, posta ad applicazione in un decreto, non avesse il potere di grande autorità, e di qui abbiamo la spiegazione, perchè i giureconsulti facessero raccolte di tali decreti (*l*) e come un solo decreto desse occasione a stabilire ed ammettere principii di Diritto del tutto nuovi (*m*).

Giustiniano, almeno quanto alle interlocutorie, lasciò limitata come prima l'efficacia dei decreti; dacchè troviamo inserita nel Codice un'antecedente Costituzione, che per le interlocutorie espressamente lo dice (*n*). Ne accordò invece una molto maggiore alle sentenze definitive imperiali, prescrivendo che le regole di Diritto, in esse professate, dovessero, in ogni caso avvenire, applicarsi come legge (*o*).

(*l*) Pauli, *libri tres decretorum*, e la raccolta dei decreti di Adriano fatta da Dositeo.

(*m*) P. e. il decreto *D. Marci* su quelli, che si fanno giustizia da sè, L. 13 *quod metus* (IV, 2), L. 7 *ad L. J. de vi priv.* (XLVIII, 7).

(*n*) L. 3, *C. de leg.* (I, 14) « ... *interlocutionibus*, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus *non in commune prejudicantibus*, » in opposizione alla forza di legge prima attribuita agli editti.

(*o*) L. 12 pr. *C. de leg.* (I, 14): « Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et *partibus cominus constitutis sententiam dixerit:* omnes omnino judices... sciant hanc esse legem non solum illi

Digitized by Google

Il modo stesso, con cui s' esprime l' ordinanza, ci mostra che prima sussisteva un Diritto differente e che s' intendeva introdurne di nuovo e l' imperatore, richiamandosi al concorde parere degli antichi giureconsulti, ne interpreta a capriccio le parole, dacchè essi certamente intendevano parlare di forza di leggi dei decreti, soltanto limitatamente al caso, pel quale erano stati proferiti (*p*). A dire il vero però, molto stava a favore di tale innovazione, od almeno più non sussistevano quelle obbiezioni, che s'avrebbero potuto opporre ad una uguale ampliazione della forza di legge de' rescritti. Trattandosi de' decreti, non era infatti possibile, che l' imperatore fosse illuso da un rapporto parziale; imperciocchè venivano ascoltate ambedue le parti ed inoltre le forme solenni e la pubblicità annessa alla giurisdizione imperiale, supplivano in certo modo al difetto di promulgazione (*q*). Prima di Giustiniano, adunque, i decreti, di qualsivoglia specie, non aveano forza di legge se non nel caso speciale, per cui erano stati proferiti; colle sue nuove ordinanze, invece, le sentenze definitive acquistarono di molto

causae, pro qua producta est, *sed et omnibus similibus* ». Suolsi trovare una contraddizione tra questo passo e quello citato nella nota precedente, ma le due specie di decreti sono qui distinti altrettanto chiaramente, come li distingue Ulpiano (nota *k*).

(*p*) L. 12, *cit.* « . . . cum et veteris juris conditores, constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte, dilucideque definiant » : il che, sembra, allude più direttamente a Gajo, I, § 5.

(*q*) Siffatta specie di decreti può paragonarsi alla decisione de' nostri Tribunali supremi.

Digitized by Google

più estesa efficacia, dovendosi risguardare come legge generale, le regole di Diritto che vi dominano.

La natura di siffatta distinzione fu per la gran parte frantesa da' moderni giureconsulti, i quali innanzi tutto la scambiarono col principio, che le sentenze non potessero avere forza di legge, se non per le parti in causa. Ma la forza di legge non concerne che il rapporto speciale di Diritto, e questa, neppur secondo il nostro avviso, poteva essere estesa; sicchè, quando l'imperatore avea decisa una causa d'eredità tra due litiganti, la decisione suprema non poteva nè recar profitto, nè nuocere a' terzi. Scambiarono inoltre la distinzione coll'interpretazione rigorosa ed estensiva, ma anche di ciò, non si tratta; imperciocchè importa soltanto di vedere, se sia o no ammissibile l'applicazione d'una medesima regola di Diritto (non estesa) anche a casi futuri, perfettamente uguali.

§ 24.

Dettati de' Romani sulle leggi. Continuazione.

III. *Rescritti* (*a*). Letteralmente, *rescriptum* significa una risposta in iscritto. Varie n'erano le forme esterne; potea farsi semplicemente in margine della domanda (*adnotatio, subscriptio*), oppure in lettera separata (*epistola*), o finalmente con un atto solenne (*pragmatica sanctio*), del quale però non conosciamo bene le forme materiali (*b*). A tutti

(*a*) Schulting, *Diss. pro rescriptis Imp. Rom.* (*Comm. acad.* vol. I, N. 3). Güyet *Abhandlungen*, N. 4.

(*b*) Veramente questa forma non dovea essere usata, se non negli

Digitized by Google

questi rescritti è attribuita forza di legge, per minor estensione però dalla validità degli editti essenzialmente distinta. Ma che cosa vuolsi con ciò significare? Per attribuire a' rescritti siffatto carattere speciale d'avere una più ristretta autorità, è forza immaginare, qualche cosa che non è contenuto nell' idea, data più sopra della loro forma e della loro origine. Hannovi adunque lettere imperiali, di efficacia ancora più limitata e che perciò, non possono parificarsi ad una legge, ed altre, la cui autorità è maggiore, nè rimane circoscritta in que' ristretti limiti; non ci occuperemo di questi due estremi, ma ci atterremo a quelle che tengono il mezzo, e che sole vanno per noi annoverate tra' rescritti in senso tecnico.

E prima di tutto, autorità minore di quella de' rescritti, propriamente detti, hanno tutte le lettere imperiali, che non trattino d' affari, le quali ognuno riconoscerà aliene al nostro argomento, benchè abbiano il nome e le forme dei rescritti. Di più, anche tra quelle, che trattano d' affari, e che potremmo denominar *dispositive*, voglionsi distinguere le lettere, che non applicano una regola di Diritto, ma

affari di maggiore importanza, cioè soltanto in rescritti relativi a materie di Diritto pubblico, e precisamente quanto alle corporazioni. L. 7 *C. de div. rescr.* (I, 23). La Const. *Summa* § 4: « Si . . . pragmaticae sanctiones . . . alicui personae impartitae sunt » . . . ci mostra però, come siffatta limitazione, non fosse generalmente osservata. Ricchissimi materiali per tale ricerca ci offre J. H. Böhmer, negli *Exerc. ad Pand.* I *exerc.* 12 *C.* 1, il quale tuttavia s' inganna nel dare per carattere distintivo della *pragm. sanct.* quella restrizione legale dell' applicazione.

Digitized by Google

esercitano un atto di libera volontà, come sarebbe p. e. l'accordare ad alcun individuo una esenzione dalla legge (§ 16), il concedere una sovvenzione, o l'ammonire (*c*). Negli effetti, cioè, per la persona e pel caso speciale, in cui furono emanate, anche siffatte lettere hanno autorità uguale a quella di una legge; ed ogni giudice deve come tali rispettarle; ma, non appoggiandosi ad alcuna regola di Diritto, è naturale che non possono servire di autorità a pro' d'una regola applicabile ne' casi avvenire.

Per lo contrario hanno maggior autorità de' veri rescritti, le lettere che stabiliscono una regola di Diritto, indicandola per tale, affinchè da ognuno sia seguita, e che a tal uopo vengono pubblicamente notificate. Queste sono vere leggi, di autorità illimitata, nè la forma di lettera, che per caso vestirono, nè il trarre origine da una domanda, o da una proposta, valgono ad indurne una differenza dalle altre leggi. Per questa loro forma esteriore, dicevansi appunto ne' primi tempi lettere generali, o rescritti generali (*d*), senza per altro voler alludere ad una meno estesa

(*c*) Dicousi *personales constitutiones*. L. 1, § 2 *de const.* (I, 4), § 6 *J. de j. nat.* (I, 2). Alcuni autori moderni le dicono rescritti di grazia, ma questa denominazione è troppo ristretta, e certo non si adatta ai rimproveri, ed alle punizioni.

(*d*) L. 1, § 2 *de fugit.* (XI, 4). « *Est etiam generalis epistola* D. Marci et Commodi, qua declaratur, et praesides et magistratus, et milites stationarios dominum adjuvare debere in inquirendis fugitivis » ec. L. 3, § 5 *de sepulcro viol.* (XLVII, 12). « D. Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, quam fisco

Digitized by Google

loro efficacia; ma più tardi, fattasi tale forma dominante nella legislazione, non vi si diede più un nome speciale e vennero comprese sotto il nome generale di *leggi*, *editti*, *costituzioni edittali* (*e*). Benchè la forma, nella quale le conosciamo, non ci dinoti che avessero ad essere pubblicate, s' intendeva però da sè, che pubblicamente venissero rese note, ed i magistrati, cui erano indirizzate, vi provvedevano, guidati da norme generali, senza che di caso in caso vi occorresse un' ordine speciale, che però talvolta veggiamo inserito nell' ordinanza medesima (*f*). Di ugual ma-

inferri jussit, et in magistratus eadem qui passi sunt... *quia generalia sunt rescripta*, et oportet Imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere ». — Forse conviene aggiugnervi la *epistola D. Hadriani* sulle cauzioni, § 4 *J. de fidej.* (III, 20). Gajo III, § 121, 122. — In ambedue i primi casi l' argomento per la sua natura di polizia voleva essere così trattato. Tali rescritti erano circolari, indirizzate contemporaneamente a molte autorità.

(*e*) Così p. e. Giustiniano nella L. 5 *pr. C. de receptis* (II, 56) dice *lex* una delle sue precedenti ordinanze (L. 4 *eod.*) quantunque fosse una lettera al *Praefectus pretorio*. Ancora più decisivo è il Codice Teodosiano, composto quasi intieramente di tali lettere, ch' esso medesimo chiama, ora *constitutiones ... edictorum viribus aut sacra generalitate subnixae*, ed ora *edictales generalesque constitutiones*. L. 5, 6 *C. Th. de const.* (I, 1), ed. Hänel. — Güyet, p. 84, ingannato dalla forma esterna di tali ordinanze, le annovera tra' rescritti e le contrappone agli editti, deducendone false conseguenze pei veri rescritti propriamente detti; vedi sopra § 23, nota *g*.

(*f*) P. e. nella *L. un C. de grege dom.* (XI, 75). Altri passi di tal genere citò Güyet, p. 74.

Digitized by Google

niera anche le *pragmaticae sanctiones* poteano essere vere leggi (*g*) sicchè ci voleva qualche cosa di più per ridurle a semplici rescritti propriamente detti, e di meno estesa autorità forniti; e ciò valga eziandio per le *epistolae* di forma meno solenne.

Quale è adunque il carattere che valga a far riconoscere i rescritti propriamente detti, ed a distinguerli rigorosamente dagli editti? È l'essere destinati ad imperare unicamente in un dato caso di Diritto, per cui veniva da sè esclusa la loro pubblicazione. I rescritti hanno invece di comune colle altre costituzioni l'appoggiarsi ad una regola e l'esprimerla, ma soltanto per applicarla nel caso concreto. Del resto, poi, riscontriamo in essi le importanti differenze che seguono.

1. I rescritti vengono emanati per domanda, ora di una data parte (*libellus*) ed ora d'una magistratura giudiziaria (*h*). Dei rescritti a' giudici troviamo soprattutto una importante applicazione, divenuta più tardi forma speciale di procedura, ne' casi, in cui il giudice pregava l'imperatore di dettargli la sentenza, che avesse a proferire (*relatio, consultatio*). Qui l'imperatore non fa egli stesso da giudice, ma redige la sentenza per un altro, precisamente come le nostre facoltà legali, allorchè vengono spediti loro gli atti di qualche processo (*); e per questo tali decisioni

(*g*) Così p. e. la *Sanctio pragmatica pro petitione Virgilii* di Giustiniano sull'ordinamento dell'Italia, compiutane la conquista.

(*h*) L. 7, *pr. C. de div. rescr.* (I, 23).

(*) L'autore allude ad un uso tutto proprio di alcuni Stati Germa-

Digitized by Google

vanno annoverate tra' rescritti, anzichè tra' decreti. Giustiniano proibì siffatte consultazioni; ma il divieto non ebbe efficacia sì assoluta, come parrebbe stando alla lettera (*i*).

2. La regola contenuta nel rescritto, ora è confusa colla decisione stessa ed ora espressa separatamente, viene poi adoperata come motivo della decisione, sicchè, formulata com'è, avrebbe potuto, se altro non era l'intendimento, venir data come legge. Siffatti rescritti diconsi *generalia rescripta*, ma in un senso diverso da quello, di cui sopra abbiamo tenuto discorso (*k*).

nici, dove i processi di maggiore importanza, e nei quali si frammischiano gravi quistioni di Diritto, soglionsi spedire ad una Università per la decisione, e questa serve di norma alla sentenza che il giudice proferisce.

(Nota del Trad.)

(*i*) Sulle consultazioni, vedi specialmente Hollweg. *Civil-prozess* I, § 10. — L'abolizione di esse è scritta nella Novella 125 dell'anno 544. Il mostrare, come siffatta abolizione non fosse assoluta, appartiene alla dottrina dell'interpretazione delle leggi § 48.

Inoltre s'intende da sè, che quando un giudice, ad onta del divieto, interpellava l'imperatore, e n'aveva risposta, il giudice dovea attenervisi, come prima della pubblicazione della Novella 125. Lo stesso dicasi del caso, in cui l'imperatore, per proprio impulso, o ad istanza di parte, inviasse un rescritto al giudice. L'efficacia dei rescritti, in occasione d'una controversia di Diritto, era bensì stata limitata, ma non abolita del tutto.

(*k*) L. 89, § 1, *ad L. Falc.* (XXXV, 2) « generaliter rescripserunt. » L. 1, § 3, *de leg. tut.* (XXVI, 4) « generaliter rescripsit, » L. 9, § 2, *de haer. inst.* (XXVIII, 5), « rescripta generalia, » L. 9, § 5, *de jur. et facti ign.* (XXII, 6) « initium constitutionis generale est. » — I rescritti, in questi passi citati, si riferiscono a casi particolari di Diritto,

Digitized by Google

3. Spesso la regola, di cui ricorre l'applicazione, era già data bella e compiuta dal precedente Diritto, per modo che l'imperatore non faceva, se non dare un responso, al pari di qualunque giureconsulto; talvolta all'incontro il rescritto, con una libera interpretazione, modifica il Diritto dianzi sussistente, e ciò riscontriamo, specialmente, allorquando riguardi di polizia, o ragioni d'economia politica, suggeriscono la nuova regola, e quando il rescritto non ferisce alcun diritto di altre persone (*l*).

L'efficacia de' rescritti può riassumersi nelle tre regole che seguono: 1) doveano aver forza di legge nel caso speciale, per cui erano emanati; 2) non doveano avere forza di legge in alcun altro caso; 3) aveano all'incontro il potere di grande autorità anche ne' casi simili.

I rescritti aveano forza di legge nel caso speciale. Il Digesto e le Istituzioni (§ 23) attribuiscono loro forza di legge in generale, mentre il Codice nega tale potere in tutti gli altri casi, diversi da quello, per cui furono emanati, sicchè conviene dedurre, che avessero forza di legge sol-

e perciò appunto distinguonsi dai rescritti generali, di cui è parola nella nota *d*. Però il termine *generale rescriptum*, deve qui significare qualche cosa di più del semplice contrapposto della *personalis constitutio*. (Nota *c*).

(*l*) Quelle due considerazioni ci spiegano nel tempo medesimo, perchè principalmente la dottrina delle *scuse*, sia stata tanto ampliata per mezzo di semplici rescritti, *Fragm. Vatic.* §§ 191, 208, 247. — §§ 159, 206, 211, 215, 246. — È degno di particolar nota il § 236, nel quale si mostra chiaramente l'idea d'una innovazione: *quo rescripto declaratur ante eos non habuisse immunitatem.*

Digitized by Google

tanto in quel caso particolare; locchè significa che il giudice, chiamato a deciderne, quando gli si presentava il rescritto, dovea strettamente attenervisi, qualunque fosse la sua convinzione. L' importanza di tale rescritto mostravasi specialmente nel caso, che l' avesse ottenuto, non già il giudice, ma una delle parti; imperciocchè allora era un diritto acquisito della persona, esercitabile eziandio dagli eredi e dai consorti in lite, anche dopo lungo tratto di tempo (*m*). In tal caso però, erano altresì molto pericolosi, essendo possibile fossero falsificati, o molto più ottenuti in forza d' una esposizione del fatto, menzognera o parziale. Al primo pericolo si cercò di rimediare, prescrivendo con precisione la forma ed i caratteri de' rescritti (*n*). Al secondo si oppose la permissione, accordata alla controparte, di avviare su tale argomento una speciale procedura (*o*). Anche la prescrizione, che avesse ad essere invalido qualunque rescritto, che controperasse all' interesse dello Stato, od alle regole di Diritto, già riconosciute *(contra jus)* aveva con tali rimedii qualche attinenza (*p*). Nè vuolsi già credere, che per tale

(*m*) L. 4, 12, (*alias* 2 e 10), *C. Th. de div. rescr.* (I, 2), L. 1, 2, *C. de div. rescr.* (I, 23).

(*n*) L. 3, 4, 6, *C. de div. rescr.* (I, 23), L. 1, *C. Th. eod.* (I, 2).

(*o*) L. 7, *C. de div. rescr.* (I, 23), L. 2, 3, 4, 5, *C. si contra jus* (I, 22). A ciò s' attiene anche l' appellazione ammessa contro i rescritti (cioè contro sentenze ad essi appoggiate). L, 1, § 1, *de appell.* (XLIX, 1).

(*p*) L. 2, *(alias* 1*)*, *Cod. Th. de div. rescr.* (I, 2), L. 6, C. *si contra jus* (I, 22,), L. 3, 7, *C. de precibus* (I, 19), Nov. 82, C. 13.

Digitized by Google

prescrizione gl' imperatori intendessero rinunciare al perfezionamento del Diritto per mezzo di rescritti; imperocchè essa concerneva que' rescritti, ne' quali gl' imperatori, per una menzognera esposizione fossero, senza volerlo, stati indotti a violare le sussistenti regole di Diritto. — Considerati tali pericoli, derivanti dalla forza di legge, attribuita a' rescritti, sarebbe, senza dubbio, stato più opportuno, non emanare, almeno sopra semplice istanza di parte, alcun rescritto in oggetti contenziosi, come pare aver fatto Trajano; e tale considerazione appunto, indusse alla fine Giustiniano a vietare a' giudici di aver riguardo ai rescritti privati, e a togliere quindi ad essi ogni forza di legge (*q*).

Invece, fu più volte e nel modo più assoluto stabilito, che a' rescritti non competesse forza di legge, in casi diversi da quello, per cui erano stati proferiti. Così fu deciso particolarmente pei rescritti, provocati dalle *consultationes* de' giudici (*r*), e siccome di questi, meno assai che degli

(*q*) Capitolini Macrinus C. 13 « quum Trajanus nunquam *libellis* responderit. » Egli voleva adunque emanar rescritti soltanto alle magistrature e non alle parti. Schulting, *diss. pro rescriptis* § 15, raccolse varii rescritti di Trajano. — Giustiniano proibì, che s' avesse riguardo ai rescritti privati nella Nov. 113, C. 1, dell' anno 541.

(*r*) L. 11 (*alias* 9), *C. Th. de div. rescr.* (I, 2), L. 2, *C. de leg.* (I, 14) « Quae ex relationibus... vel consultatione... statuimus... nec generalia jura sunt, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata. » L. 13, *C. de sentent. et interloc.* (VII, 45). « Nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum... cum non

Digitized by Google

altri, era pericoloso l'estendere l'efficacia, ne venne di per sè una uguale limitazione anche ai rescritti privati, senza che si reputasse nemmeno necessario di decretarla espressamente. Siffatta limitazione s'appoggiava innanzi tutto al motivo, che in riguardo della specialità del caso e dell'esposizione, per avventura affatto falsa della parte, anche la regola di Diritto potesse assumere facilmente un carattere

exemplis sed legibus judicandum sit, » Quest'ultimo passo è particolarmente importante in due sensi: primo, perchè con quelle parole, parla espressamente di quello, di cui trattasi, cioè dell'applicazione delle regole, una volta ammesse, a casi simili; secondo, perchè alle consulte (cioè ai rescritti, da queste provocati) parifica le sentenze di varii alti Tribunali, ma non quelle proferite dallo stesso imperatore. Non facendo di queste parola, fu evitata molto saggiamente ogni contraddizione di questo passo colla L, 12, *pr. de leg.* (I, 14) (§ 23, nota *o*). Si fa quindi differenza tra le sentenze proferite dallo stesso imperatore, sopra un processo innanzi a lui discusso, e le sentenze dei giudici, appoggiate solo ad un sovrano rescritto. Queste, nè aveano, infatti, la pubblicità delle prime, nè meritavano uguale fiducia, dacchè poteano pur sempre poggiare ad una erronea interpretazione del rescritto. — Molti vollero, in via d'eccezione, attribuire forza generale di legge ai rescritti, allorchè racchiudono una interpretazione autentica, perchè la L. 12, § 1, *C. eod.* dice: « interpretationem *sive in precibus*, sive in judiciis, sive alio quocumque modo factam, ratam et indubitatam haberi. » (Glück, I, § 96, N. III). Ma i rescritti aveano certo autorità, anzi uguale a quella delle leggi; però limitatamente al caso speciale. Se Giustiniano, contraddicendo agli altri passi citati, avesse qui voluto attribuire a tali rescritti autorità *generale*, non l'avrebbe detto, quasi in via di discorso, colle parole *sive in precibus*, ma l'avrebbe espresso precisamente, come poco prima in fatto lo disse riguardo ai decreti.

Digitized by Google

si speciale, che molto si opponesse all' ammetterne una generale applicazione. A ciò s' aggiugneva la ragione ancora più radicale del difetto di pubblica promulgazione, inerente a' rescritti, e questa ragione vale per tutti, anche per quelli contenenti una interpretazione autentica; laonde, come proveremo più innanzi (§ 47), cade in errore chi vuole a questi attribuire forza obbligatoria anche in altri casi. — Tale restrizione dell' autorità de' rescritti, fu ne' tempi moderni, al pari di quella de' decreti (§ 25), più volte frantesa. Anche riguardo a' rescritti fu confusa col divieto d' una interpretazione estensiva, mentre pur trattavasi dell' applicazione della identica regola (e non già d' una più estesa) ad altri casi affatto simili. Anche riguardo ad essi fu confusa la limitazione colla regola di diritto, che le sentenze non avessero forza, se non per le parti in causa. E meno ancora che pei decreti, ciò deve intendersi pe' rescritti. Ed in fatti se, a modo d' esempio, un erede testamentario presentava all' imperatore un testamento di dubbia validità, e l' imperatore con un rescritto, lo riconosceva valido, l' erede testamentario potea giovarsi di tal decisione contro qualunque erede intestato, mentre non occorreva nemmeno, che nel libello fosse nominato un dato avversario.

Ai rescritti voleasi, però, negare in altri casi solamente *forza di legge*, non già quell' influenza, che come grave autorità non poteano non avere (*s*), e che sarebbe stato im-

(*s*) Alcuni vogliono, che quando Gajo ed Ulpiano parlano di *legis vis*, riguardo a' rescritti, essi intendano soltanto siffatta autorità, ma s' ingan-

Digitized by Google

possibile, oltre che improvvido, l'inibire. Quest' era anzi un mezzo eccellente per perfezionare progressivamente il Diritto, ed il Digesto ci mostra quanto profitto ne abbiano saputo trarre gli antichi giureconsulti. Coll'usarne in tal maniera, non era grande il pericolo de' cattivi rescritti, giacchè per essere appunto semplice autorità, non escludevano mai la critica, nè impedivano, che qualunque efficacia venisse all'uno od all'altro negata. Tuttavia, anche per questo solo pericolo, l'imperatore Macrino avrebbe avuto il pensiero di abolire tutti i vecchi rescritti; il che manifestamente vuol riferirsi soltanto a cotesta autorità (*t*).

nano a partito. Que' giureconsulti sapevano scegliere le parole molto meglio di quello che, così opinando, si vorrebbe. Se avessero voluto esprimere qualche cosa d' indeterminato, come influenza ed efficacia, Gajo non avrebbe mancato di attribuire *legis vis* al *jus honorarium*; e del pari nel § 7 non avrebbe nominato soltanto i *responsa prudentium*, ma anche l' *auctoritas prudentium*, molto più estesa. — Sarebbe per l'opposto ugualmente erroneo il dare all' espressione indeterminata di Gajo (1, § 5) il senso, ch' egli volesse attribuire ai rescritti forza obbligatoria sì generale, come quella degli editti dell' imperatore. Anche nel § 7 parrebbe che Gajo assegnasse *legis vicem* ai responsi; eppure più sotto si vede, com'egli intendesse parlare soltanto della forza, legalmente obbligatoria, di essi pel *giudice di quella speciale controversia*, nella quale erano stati proferiti.

(*t*) Capitolini Macrinus C. 13. « Fuit in jure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut jure non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli, et hominum imperitorum voluntates, quum Trajanus, nunquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur, quae ad gratiam composita

Digitized by Google

Dopo quanto abbiamo detto, si spiegano facilmente le altre cose attinenti ai rescritti. Si spiega, come i giureconsulti ne potessero avere grande conoscenza, dacchè per lo più aveano prossime relazioni coll'imperatore, compilavano di sovente essi medesimi i rescritti ed ancora più poteano avere libero accesso agli archivii (*u*). Si spiega, come fino dai tempi antichi pubblicassero collezioni di rescritti sotto forma di libri (*v*). Si spiega, altresì, poi come non di rado insegnassero il contrario di quello che prescriveva un rescritto, sia perchè per avventura nol conoscevano, sia perchè ne rigettavano, come erroneo, il dettato (*w*).

Da questo riassunto delle varie disposizioni, emanate in tempi differenti sui rescritti, risulta che all'epoca della legislazione Giustinianea aveano ancora massima importan-

viderentur. » Tale pensiero dell'imperatore, non potea risguardare se non l'autorità futura de' rescritti, mentre i processi, ne' quali i *veteres principes* aveano rescritto, erano già da lungo tempo finiti e dimenticati.

(*n*) Questa conoscenza de' rescritti, sì consueta ne' giureconsulti, non implica, adunque, una loro promulgazione, come vorrebbe Güyet *loc. cit.* p. 74.

(*v*) Così p. e. i *Papirii Justi libri XX constitutionum*, le quali secondo i frammenti conservatine erano rescritti; e più tardi almeno in gran parte i Codici Gregoriano ed Ermogeniano. — Vi appartengono, senza alcun dubbio, anche i *Semestria* del D. Marcus, raccolta semestrale dei più importanti rescritti (e fors' anco decreti) dell'imperatore, fatta forse da persone private e forse per ordine dello stesso imperatore, nel qual caso sarebbe una specie di pubblicazione legale. Vedi in proposito Brissonius, v. Semestria; Cujacius in Papin. L. 72 de cond., Opp. IV, 489, di cui non ammettiamo la spiegazione dei *Semestria*.

(*w*) Güyet, *loc. cit.* p. 55 e seg. cita varii passi di tal genere.

Digitized by Google

za, ma che la loro influenza fu dalla legislazione delle Novelle, quasi intieramente distrutta.

IV. *Mandati.* — I mandati erano istruzioni, date dall'imperatore a' magistrati, che doveano agire in suo nome. Per solito, venivano dati ai legati, che amministravano le provincie imperiali, come luogotenenti dell' imperatore; e potevano pur emanarne anche i proconsoli ordinarii (al che s' attiene la *mandata jurisdictio*). Nella provincia siffatti mandati aveano autorità uguale a quella degli editti provinciali. L' essere le provincie dipendenti da tutto l' Impero, sicchè assai di rado da esse potea trar principio la modificazione del Diritto romano comune, ci spiega come d' ogni altra specie di costituzione, più di sovente si faccia parola, che dei mandati. La maggior parte di quelli, che noi conosciamo, concernono il Diritto criminale, o regolamenti di polizia (*x*). Un caso notevole, nel quale i mandati introdussero un nuovo principio di Diritto privato, è quello relativo a' testamenti militari (*y*): e ciò volea la natura dell' argomento, dacchè le fazioni militari, nelle quali accadea di fare cotali testamenti, non poteano avvenire, se non nelle provincie ed in queste appunto principalmente dovea ricorrere l' applicazione del nuovo principio di Diritto. E così del pari a' mandati s' appoggiava il divieto del matrimonio tra' magistrati provinciali romani e le donne di quella pro-

(*x*) Brissonius, *de formulis,* Lib. 3, c. 84.

(*y*) L. 1, *pr. de test. mil.* (*XXIX*, 1) « et exinde mandatis inseri coepit caput tale: Cum in notitiam » ec.

Digitized by Google

vincia (z). — Gajo ed Ulpiano, nell'annoverare le varie specie di costituzioni, passano sotto silenzio i mandati; forse ne tacquero per la minore loro importanza, già notata, e fors'anche perchè, essendone limitata l'autorità alle provincie, per cui erano emanati, non poteva ad essi, come nemmeno al *jus honorarium*, attribuirsi la forza di legge che aveano tutte le altre costituzioni.

Da questa indagine sull' efficacia delle costituzioni imperiali si può concludere, che gli *editti* ed i *mandati* erano vere leggi obbligatorie pei giudici, del pari che per le parti; per quanto risguarda i mandati, però, limitatamente alle provincie, per le quali erano stati emanati; che i *rescritti* aveano fòrza di legge soltanto nel caso speciale, in cui ricorrevano, e dopo le leggi di Giustiniano nemmeno assolutamente, non dovendosi aver riguardo a quelli emanati a persone private, ed essendo stato proibito ai giudici di chiederne ne' casi ordinarii (eccettuato, cioè, quello, in cui si trattasse di dubbia interpretazione della legge); e che i *decreti* equivalevano, nel caso speciale, a sentenze passate in giudicato, e la regola di Diritto in essi bandita, avea generale autorità di vera legge, quando costituivano un giudizio definitivo, cioè non semplicemente interlocutorio. — Oltre a ciò poi tutte le costituzioni, di qualunque specie fossero, senza alcun riguardo alle surriferite divisioni e limitazioni, aveano naturalmente da per tutto grande autorità per chiunque, per avventura, ne fosse venuto in cognizione.

(z) L. 2, § 1, *de his quae ut ind.* (*XXXIV*, 9), L. 6, C. *de nupt.* (V, 4).

Digitized by Google

In tutte queste varie specie di costituzioni il Codice di Giustiniano fece grandi alterazioni. Quelle inserite nel Codice, acquistarono forza di legge, quantunque, per essere rescritti, o decreti, non l'avessero ne' casi avvenire; tutte le altre cessarono d'esser leggi (*aa*). Perciò le regole da noi esposte voglionsi applicare soltanto alle costituzioni, emanate da Giustiniano, dopo la pubblicazione del Codice, o da' suoi successori.

Quale appendice, o surrogato, della legislazione imperiale, si possono considerare gli editti, o *generales formae*, del *Praefectus Praetorio*. Fin da suoi tempi, Alessandro Severo vi avea data forza generalmente obbligatoria, in quanto non s'opponessero alle leggi, e finchè l'imperatore altrimenti non disponesse (*bb*). Giustiniano li cita, come se fossero leggi (*cc*). Alcuni frammenti ne vennero conservati in appendice della nostra raccolta di Novelle (*dd*). Cassiodoro finalmente attribuisce ai prefetti un potere quasi legislativo (*ee*).

(*aa*) Const. *Summa* § 3. — Non vennero per questo aboliti i privilegii, che fossero stati con rescritti impartiti a corporazioni, o ad individui, *ibid.* § 4.

(*bb*) L. 2, *C. de off. praef. praet. Or. et Ill.* Ciò s'applicava allora a tutto l'Impero; dopo Costantino ad ogni prefettura separatamente, com'era per l'addietro degli editti provinciali de' proconsoli.

(*cc*) L. 16, *C. de jud.* (III, 1), L. 27, *C. de fidejuss.* (VIII, 41).

(*dd*) Nov. 165, 166, 167, 168. Vedi Biener, *Storia delle Novelle*, p. 98, 118.

(*ee*) Cassiodor. Var. VI, 3, *Formula praef. praet.*: « Pene est ut leges possint condere, » ecc.

Digitized by Google

§ 25.

Dettati dei Romani sul Diritto consuetudinario.

Fonti. *Dig.* I, 3.
Cod. VIII, 53.
Cod. Th. V, 12.

In mezzo ad altre idee, alquanto confuse, troviamo in Cicerone, il notevole passo, che segue, sul Diritto consuetudinario. « Havvi, dic' egli, una regola di vivere, che non fu creata dall' opinione di chicchessia, ma deriva da una necessità insita nella nostra natura morale. Nella società umana, tal regola in parte ricevette più precise forme, in quanto avea alcun che d'indeterminato e d'incerto, in parte ebbe maggiore svolgimento, ed in parte fu tramutata in uso invariabile. »

A questa regola, così perfezionata, contrappone poi la *lex*, ossia la regola positiva, stabilita dalla libera volontà (*a*). — Gli antichi giureconsulti non attribuirono al Diritto consuetudinario, quell' estensione e quell' importanza,

(*a*) Cicero, *de inventione* II, 53, 54. « Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem... Consuetudine jus est, quod aut leviter a natura tractum aluit et majus fecit usus, ut religionem: aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum, majus factum propter consuetudinem videamus, aut quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit. »

Digitized by Google

che gli si compete; il che facilmente si spiega, considerando che a tempi loro la massima parte dell'antico Diritto consuetudinario nazionale s'era già da lunga pezza trasfuso in altre forme di Diritto, nè più appariva nella originaria sua veste (§§ 15, 18), e d'altra parte l'età, in cui vivevano, mal si prestava alla formazione d'un nuovo Diritto consuetudinario generale per una via prettamente popolare (§ 7). Quello che loro s'affacciava nella realtà della vita, era per lo più soltanto Diritto consuetudinario particolare ed a questo voglionsi riferire quasi tutti i passi, che nelle loro opere, giunte fino a noi, parlano di Diritto consuetudinario (*b*). Tuttavia le loro opinioni su tale argomento, in generale sono giuste, e gli errori, a cui per esse furon tratti alcuni moderni scrittori, procedono piuttosto da inesattezza d'espressione. Secondo la dottrina de' Romani un principio di Diritto vuolsi considerare definitivamente ammesso, allorquando sia stato esercitato con una *consuetudo* lunga e costante, e la base della sua validità è il tacito consenso del popolo, cioè di que' medesimi che l'applicarono (*utentium*, anche *omnium*) (*c*). A questa dottrina, alcuni malamente attribuirono il senso, che l'abitudine stessa costituisse l'elemento generatore del Diritto, e che la formazione di questo avvenisse per opera arbitraria degli individui, cioè per volontà di quelle persone medesi-

(*b*) Puchta, *Diritto consuetudinario*, I, pag. 71 e seg.

(*c*) Gajo III, § 82, Ulpiano *tit. de leg.*, § 4, L. 32-40 *de leg.* (I, 3), § 9-11 *J. de j. nat.* (I, 2).

Digitized by Google

me, che facevano le leggi anche ne' Comizii. Tale errore conduceva a conseguenze sommamente gravi, in ispecie perchè in certo modo poneva il Diritto consuetudinario in immediata dipendenza da una forma particolare di ordinamento politico, escludendo così la possibilità della sua applicazione in Roma imperiale e nelle nostre monarchie. Ma nel fatto que' giureconsulti romani, lungi dall'ammettere, che la *consuetudo* fosse l'elemento generatore di cotale specie di Diritto, intendevano ch'essa altro non fosse se non il modo esterno e materiale, con cui si manifestava, e quindi il mezzo di ritrarne l'esistenza, attribuendo essi ugual valore anche alla forma scritta del Diritto (§ 22). Che quest'opinione sia la vera, cel mostra l'aver i Romani in varii passi, a lato della consuetudine, annoverato qual vero elemento generatore del Diritto, anche la *ratio*, ossia il convincimento immediato e comune dell'esistenza e della validità d'una regola di Diritto (*d*).

E così del pari il *consensus* non è una determinazione arbitraria della volontà, che avrebbe potuto con pari agevolezza dichiararsi in senso contrario, ma bensì una concordanza d'opinioni, derivante da una intima necessità; ed appunto per questo quel *populus*, di cui occorre il consenso,

(*d*) L. 39 *de leg.* (I, 3). « Quod non *ratione introductum*, sed errore primum, deinde *consuetudine obtentum* est: in aliis similibus non obtinet. » (Gli *alia similia* sono i futuri casi di uguale natura). L. 1, *C. quae sit l. c.* (VIII, 53). « Nam et consuetudo praecedens, *et ratio quae consuetudinem suasit*, custodienda est. » Vedi Puchta, p. 61, 81.

Digitized by Google

non è tanto il complesso dei cittadini iscritti ad un dato momento nelle tribù e centurie, quanto piuttosto il tipo ideale della nazione romana, procedente attraverso a tutte le generazioni, e che può considerarsi uguale sotto qualsiasi forma politica (*e*). Quell' alto grado di certezza, che viene indicato, come carattere fondamentale del Diritto consuetudinario (*f*), vale innanzi tutto a dimostrare la giustezza di tale spiegazione; mentre, com' è manifesto, esso è certamente proprio d' un convincimento comune del popolo, anzichè della determinazione arbitraria dell' uno o dell' altro individuo in occasione di atti particolari, ricorrenti nel corso della vita. Ed a sorreggerla valgon pure le condizioni ed i contrassegni, che pel Diritto consuetudinario troviamo stabiliti.

Ed in fatti un Diritto consuetudinario può riscontrarsi

(*e*) Contro questo avviso, alcuni, con molta apparenza di verità, oppongono la L. 32, § 1 *de leg.* (I, 3) nella quale dall' *expressus populi consensus* per la legge, se ne deduce il *tacitus* per la consuetudine. Ma in primo luogo con questo raffronto, non voleasi tanto dimostrare la validità della consuetudine, quanto piuttosto la natura di tale validità (la *legis vice*) (Puchta p. 84). Inoltre, noi non sosteniamo già, che gli antichi giureconsulti avessero sempre presenti i varii significati della parola *populus*. La nostra opinione sarebbe ribattuta solamente quando fosse dimostrato che gli antichi giureconsulti, tenendo calcolo della differenza tra il complesso dei *cives* e la nazione ideale, avessero riconosciuto i primi e non la seconda essere soggetto del Diritto consuetudinario.

(*f*) L. 36 *de leg.* (I, 3): « quod in tantum probatum est ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. »

Digitized by Google

nel convincimento comune de' giureconsulti, nella *Prudentium auctoritas* (*g*). Ora i *prudenti* ponno bensì essere l'organo, in cui vive ed opera, con particolar forza e certezza, la coscienza comune del popolo (§ 14), ma sarebbe per fermo inopportuno assai il volere che colla loro volontà vincolassero l' intiera nazione; eppure il Diritto consuetudinario impera su tutta la nazione e non sui soli giureconsulti. — Inoltre quale mezzo, precipuamente atto a riconoscere l' esistenza del Diritto consuetudinario, ci viene mostrata la consonanza delle decisioni giudiziarie (*h*); anche questo conferma la spiegazione da noi data, mentre non potendo la volontà individuale de' giudici obbligare l' intiera nazione, è certo che tale autorità fu data all' accordo delle loro sentenze, perchè si consideravano come una attestazione, particolarmente degna di fede, dell' esistenza d'un convincimento popolare. Voler poi, che le *res judicatae* per sè stesse, indipendentemente dal Diritto consuetudinario, abbiano tanta forza sarebbe massiccio errore, mentre è invece detto espressamente che nessun giudice dee nelle sue decisioni pren-

(*g*) L. 2, § 5, 6, 8, 12, *de orig. jur.* (I, 2).

(*h*) L. 38, *de leg.* (I, 3), L. 1, *C. quae sit l. c.* (VIII, 53). Specialmente pel Diritto consuetudinario particolare, L. 34 *de leg.* (I, 3), (Puchta I, p. 96). — È notevole, che le *res judicatae* si trovano per ordinario nella enumerazione generale de' fonti di Diritto data dai retori, e non in quella degli antichi giureconsulti (§ 22). Del resto, la loro autorità fu riconosciuta in ogni tempo (§ 12, nota *b*).

Digitized by Google

der norma soltanto da precedenti giudicati (*i*); il che significa, che i *praejudicia* di per sè considerati sono privi di qualunque valore, avendo però somma importanza, quali attestazioni, a suffragio dell'esistenza d'un Diritto consuetudinario. — Per esaurire le condizioni surriferite, accenneremo ancora la regola, che, dimostrato l'errore, è esclusa la sussistenza del Diritto consuetudinario (*k*) e l'altra, che tocca all'imperatore il decidere, quando la consuetudine sia ancora troppo recente, di modo che non si possa, da sè sola, considerare come l'espressione indubbia della coscienza comune (*l*), — Nel Diritto romano, nulla di più troviamo sulle condizioni del Diritto consuetudinario, ed in ispecie è ad esso alieno il principio, che siffatto Diritto, essendo una cosa di fatto, debba venir provato da colui, che vi si rapporta (*m*).

Quanto agli effetti del Diritto consuetudinario, il Diritto romano stabilisce il principio, ch'esso ha forza di legge, *legis vicem* (*n*). Locchè, secondo quanto abbiamo mostrato più sopra (§ 22), viene a significare, che il Diritto consue-

(*i*) L. 13, *C. de sent. et interloc.* (VII, 45). Vedi sopra § 24, nota *r*.

(*k*) L. 39, *de leg.* (I, 3), vedi sopra nota *d*. Puchta I, p. 99. La ragione del tutto naturale ne è, che la consuetudine in tal caso è conseguenza dell'errore, e quindi non esprime, nè dà a riconoscere una comune coscienza giuridica, il che fa tutta la sua forza.

(*l*) L. 11, *C. de leg:* (I, 14).

(*m*) Puchta I, p. 110.

(*n*) Vedi sopra § 22, nota *x*.

Digitized by Google

tudinario, non solo ha una autorità così assoluta come la legge, ma impera anche nello stesso modo; a tal che per sua natura non è limitato nè a un dato circuito giurisdizionale, nè ad uno spazio di tempo, come il *jus honorarium*. Nè vi si oppone la possibilità di un Diritto consuetudinario particolare, perchè anche una legge può essere emanata per una città o per una provincia soltanto.

Questo effetto del Diritto consuetudinario può in duplice modo manifestarsi. Nell'un modo, non fa se non supplire all' espressione indeterminata od equivoca della legge (*o*), od al totale silenzio di essa sopra alcuna questione di Diritto (*p*). Quest' ultimo caso può presentarsi, specialmente, nelle cose d' interesse municipale, in cui è assolutamente necessario che imperi una stabile norma, potendone poi essere indifferente il tenore. Ove in tali casi, alcuna città sia priva di qualsiasi consuetudine, vuolsi seguir quella osservata in Roma (*q*). Tal norma non traeva origine, tanto dalla preponderanza di Roma, come prima città dell' impero, quanto piuttosto dall' aver essa ne' primi tempi racchiusa tutta la nazione entro le sue mura; sicchè quando la nazione romana, per l' immensa sua estensione, mal poteva nel suo complesso avere una coscienza giuridica comune, Roma potea naturalmente rappresentare l' intiera nazione nella formazione d' un nuovo Diritto popolare, allorquando necessario era che

(*o*) L. 38, *de leg.* (I, 3).

(*p*) L. 32, *pr.* L. 33, *de leg.* (I, 3). Vedi Puchta, I. p. 87.

(*q*) L. 32, *pr. de leg.* (I, 3), « si qua in re hoc defecerit.... tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. »

Digitized by Google

sorgesse. D'ugual privilegio fu investita Costantinopoli nell' impero d'Oriente (*r*); il che non vuolsi però attribuire ad una condizione storica uguale, in cui Roma e Costantinopoli si trovassero, mentre procedette piuttosto dalla generale parificazione delle due città. L'integramento operato dal Diritto consuetudinario, può per altra parte avvenire in differente misura; infatti, ora non fa se non supplire ad un ramo speciale, dianzi inavvertito, d'un istituto di Diritto, già noto; ed ora crea da capo a fondo un istituto e così serve ad ampliare il sistema medesimo del Diritto. Ad esempio di questa più importante efficacia del Diritto consuetudinario, si citano i *mores*, quali elementi generatori della *cura prodigi*, del divieto delle donazioni fra' coniugi, e della sostituzione pupillare (*s*).

L'altro de' modi, con cui si manifesta la forza del Diritto consuetudinario, sta nel trovarsi in conflitto col tenore d'una legge, sia che voglia alla regola prefissa dalla legge sostituirne un'altra, sia che si limiti soltanto ad abrogarla. L'avere in tutto e per tutto parificato quel Diritto alla legge, attribuendogli *legis vix*, basterebbe ad obbligarci a riconoscere in esso tanto potere; ma tale principio è per di più chiaramente espresso in forma di regola generale (*t*), ed a togliere ogni dubbio, occorre il fatto, che

(*r*) L. 1, § 10, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), § 7, *J. de satisd.* (IV, 11).

(*s*) L. 1, *pr. de curat.* (XXVII, 10), L. 1, *de don. int. v. et ux.* (XXIV, 1), L. 2, *pr. de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6).

(*t*) L. 32, § 1, *de leg.* (I, 3), ... « Quare rectissime etiam illud

Digitized by Google

in tutti i periodi della storia romana, il Diritto consuetudinario esercitò sempre tale autorità nella massima estensione. Così tutta quella parte dell' editto pretorio, che corregge il jus civile, ed in ispecie la legge delle dodici tavole, non è se non un Diritto consuetudinario riformatore, di cui nessun Romano sognò contrastare la validità (*u*), e così l' efficacia dell' *usus* nel matrimonio, fu in parte tolta di mezzo dal Diritto consuetudinario, che parimenti abolì il secondo capitolo della legge Aquilia e le *interrogatoriae actiones* (*v*). Giustiniano, poi, riconobbe siffatta autorità del Jus consuetudinario in tante sue disposizioni, senza revocarla per alcun modo in dubbio, che non è dato comprendere, come, seguendo i principii della sua legislazione, siasi mai potuto metterla in controversia (*w*). Eppure con molta frequenza se ne dubitò per due ragioni. In pri-

receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. » Vedi Puchta, *loc. cit.* p. 86, 90.

(*u*) Cicerone, *de invent.* II, 22, « Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem ... sunt ... eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueverunt. » Ora possono ben considerarsi tolti gli errori, in cui i precedenti scrittori sulla storia del Diritto caddero su tale argomento.

(*v*) Gajo, I, § 111, L. 27, § 4, *ad L. Aquil.* (IX, 2), L. 1, § 1, *de interrog. act.* (XI, 1).

(*w*) § 11, *J. de j. nat.* (I, 2), § 7. *J. de injur.* (IV, 4). — L. 1, *pr. C. de cad. toll.* (VI, 51), L. 1, § 10, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), Const. Haec quae necess. § 2. — *Nov.* 89, C. 15, *Nov.* 106.

Digitized by Google

mo luogo, perchè in molti de' passi già citati è detto, che la consuetudine impera, in difetto di legge, cioè, al dire degli avversarii *soltanto* nel caso che manchi; ma siffatta interpretazione, sempre arrischiata, è nel caso presente vittoriosamente combattuta dalla relazione, in cui quelle parole stanno colle altre loro attinenti (*x*). In secondo luogo, perchè un passo del Codice stabilisce che la consuetudine non può mai vincere la legge. Ma nemmeno quest' obbiezione, benchè abbia un' apparenza di verità, non regge; infatti ivi non si parla di consuetudini in generale, ma soltanto delle particolari, le quali certamente debbono piegare innanzi ad una assoluta legge generale (*y*).

Tutto questo non avea per altro più alcuna importanza quanto a' principii di Diritto consuetudinario generale, sorti prima di Giustiniano, mentre, secondo il suo intendimento, se non erano stati accolti nella sua legislazione, non aveano più alcuna efficacia. Era però applicabile ad ogni Diritto consuetudinario, che fosse stato per sorgere nell'avvenire, ed al particolare, anche allora sussistente, in quanto potesse entro gli anzidetti limiti aver tuttavia efficacia di legge; nè la natura esclusiva della nuova legislazione po-

(*x*) L. 32, *pr.* L. 33, *de leg.* (I, 3). Vedi Puchta, I, 88. Non può assolutamente intendersi come in ispecie sulla prima di queste leggi, si voglia fondare siffatto argomento *a contrario*, dacchè l'autore dice precisamente l'opposto nelle parole, che vengono subito dopo (§ 1).

(*y*) L. 2, *C. quae sit l. consu.* (VIII, 53). Vedi l'Appendice II di questo volume.

Digitized by Google

teva impedire che il Diritto consuetudinario particolare continuasse ad aver vita, dappoichè siffatto Diritto non entrava nel disegno di quella legislazione.

Essendo poi questo fonte di Diritto, annoverato anche nel Diritto canonico e nelle leggi dell' impero, ne diremo ancora alcun che in via di appendice.

Nel Diritto canonico molti passi del Diritto romano sono ricopiati alla lettera, nè quindi può desumersene cosa, che sia nuova (*z*). Si potrebbero invece ammettere per nuovi e tutto proprii di quel Diritto, i principii che seguono:

1) La consuetudine, perchè valga, dover essere *rationabilis*. Colla quale espressione, molto vaga, benchè possa esser stata occasionata da' passi del Diritto romano, pare si voglia intendere alcun che di particolare, come sarebbe a dire, doversene esaminare il tenore ed ammetterla, secondo che sia buono ed opportuno; e tanto più che siffatta condizione non è stabilita in via generale, ma posta solo pel caso d' un conflitto tra la consuetudine e la legge (*aa*).

2) La consuetudine dover essere *legitime* o *canonice praescripta* (*bb*). Alcuni intesero, che si parlasse d' una

(*z*) *C.* 4, *D.* XI. — *L.* 2, *C. quae sit l. consu.* (VIII, 53). — *C.* 6, *D.* XII. — § 9, *J. de j. nat.* (I, 2,), — *C.* 7, *D.* XII. *L.* 1, *C. quae sit l. consu.* (VIII, 53).

(*aa*) *C.* 11, X, *de consuet.* (I, 4). *C.* 1. *de constit. in* VI, (I, 2). Nell' Appendice II, parleremo del significato di questi passi.

(*bb*) *C.* 11, X, *de consuet.* (I, 4), *C.* 3, *de consuet. in* VI, (I. 4); *C.* 9, *de offic. ord. in* VI, (I, 16), *C.* 50, X, *de elect.* (I, 6). — Sul

Digitized by Google

vera prescrizione; ma questa, per sua natura, male sarebbe adatta a stabilire una regola generale di Diritto. Inoltre, una tale disposizione, nel modo con cui è formulata, non sarebbe suscettiva di determinata applicazione, perocchè v' hanno prescrizioni di varia durata, e qui non si dice quale debba servire di norma. È quindi assai verosimile, che siffatta espressione, conforme al Diritto romano, altro non significhi, se non una lunga durata, sicchè *legitime praescripta*, equivalga a *longa* o *diuturna*.

Da ultimo del Diritto consuetudinario fanno cenno anche varie leggi dell' impero, ma si limitano soltanto ad ingiungere in generale al giudice, di avervi riguardo, senza determinarne le condizioni, o l' efficacia (*cc*).

significato di questi passi, havvi una ricerca nelle *Jurist. Abhandlungen* (Lipsia, 1780. N. V.) di Meurer, il quale sostiene parlarsi in essi di prescrizione, non già per fondare un Diritto consuetudinario, ma bensì per l' acquisto d' un singolo Diritto. In fine, però, cade nella spiegazione, da noi data di sopra, almeno riguardo al *C.* 11, X, *de consuet.* Glück, I, § 86, *Num.* V, ne ammise la prima opinione. Eichkorn (*Kirchenrecht* p. 42, 43) non vuole che que' passi si riferiscano ad un Diritto consuetudinario propriamente detto, ma soltanto ad una *osservanza*, cioè, ad uno statuto tacito, in quanto terze persone ne volessero dedurre alcun Diritto, (§ 20 *f*). Può darsi, che casi di tal genere abbiano dato occasione a que' dettati, ma egli medesimo ammette, che sono redatti in sulle generali e quindi può essere che l' espressione poco precisa, sia proceduta da una idea oscura.

(*cc*) *C. C .C.* art. 104. — Conc, ord. cam. Tit. 19, provem. Tit. 71, Rec. Imp, nov. § 105.

Digitized by Google

§ 26.

Dettati de' Romani sul Diritto scientifico.

Fino da' prischi tempi ci è attestata la considerazione, nella quale furono i giurisperiti, e l'influenza, ch'essi ebbero sulla formazione del Diritto per mezzo de' costumi (*a*); influenza, che naturalmente dovette accrescersi, quando alla fiducia nella loro esperienza degli affari, s'aggiunse la preponderanza d'una coltura scientifica.

Nè qui s'arrestaron le cose; che anzi Augusto ne variò ed accrebbe l'importanza, accordando ad alcuni giureconsulti di maggior grido il diritto di dar responsi, che al pari delle leggi (*legis vice*), doveano essere seguiti dai giudici, finchè l'altra parte non producesse un responso di un'altro giureconsulto, di uguale autorità, che fosse dell'opposto avviso (*b*). Continuava, però, a mantenersi an-

(*a*) L. 2, § 5, *de orig. jur.* (I, 2).

(*b*) Gajo, I, § 7, § 8, *J. de j. nat.* (I, 2). — L. 2, § 47, *de orig. jur.* (I, 2). — Distinguiamo adunque i responsi, cioè, i pareri di giureconsulti contemporanei ed autorizzati sopra una questione di Diritto, loro sottoposta dalle opinioni de' giureconsulti precedenti e contemporanei, dalle opinioni, cioè, degli autori. L'autorità dei responsi, obbligatoria come legge pel giudice, era cosa affatto positiva, e per tale la mostrano anche i passi citati. L'influenza delle opinioni degli autori era cosa naturale, ma in pari tempo indeterminata, nè alcun giudice avea l'obbligo di attenervisi. Gajo parla dell'autorità positiva de' responsi, senza escludere però la

Digitized by Google

che l'autorità generale ed indeterminata de' maestri e degli scrittori di Diritto; la quale, non tenendo luogo di legge, esercitava sul giudice una intima autorità morale, quando in una controversia non erano stati prodotti responsi, oppure ambedue le parti ne aveano citati di opposti.

Gajo parla dei responsi privilegiati, come d'un istituto allora sussistente; e probabilmente vennero a cessare col venir meno della vita scientifica del Diritto in generale. E di vero, quando il numero de' segnalati giureconsulti, andò celeremente mancando, sicchè il privilegio potè essere conferito soltanto a pochi, que' pochi, se l'istituto si fosse mantenuto, acquistato avrebbero una smisurata preponderanza sull'amministrazione della giustizia; può darsi quindi, che tale considerazione abbia indotto a non accordar più quel genere di privilegii.

Ma per ciò, non venne punto a cessare l'autorità generale, e tanto importante, degli scrittori di Diritto, che anzi, di mano in mano che andava dileguando lo spirito scientifico, cresceva in ugual proporzione l'autorità della scienza precorsa, tramandata ne' libri. Grande essendo il numero delle opere di Diritto, e frequenti in esse i punti controversi, si dovette ben presto sentire il bisogno, che regole fisse ne dirigessero l'applicazione, e sembra ap-

seconda. Hugo (*Rechtsgesch. p.* 811, *ed.* 11.ª) vuole che i passi succitati trattino invece dell'influenza delle opinioni degli autori, e nega, od almeno pone in contingenza, l'autorità de' responsi. Quest'avviso, non può assolutamente conciliarsi col termine di *respònsa*, ivi specialmente usato, ma qui non è il luogo di siffatta controversia.

Digitized by Google

punto, che alcune ne stabilisse oramai Costantino (*c*). Ma una norma radicale non fu data, se non da Valentiniano III (*d*) ed allora l'ideá d'una opinione comune de' giureconsulti ebbe in pratica un valore ben diverso da quello, che si avea prima voluto attribuirvi colle regole sui responsi. Siffatta legge era ancora in vigore, quando salì al trono Giustiniano, il quale, trovando bensì diminuite le difficoltà dell' applicazione del Diritto scientifico, ma non tolte del tutto (*e*), pose mano ad un espediente del tutto nuovo e ben più esteso.

Senza aver riguardo ai confini segnati da Valentiniano III, il nuovo imperatore fece estrarre, da tutte le opere legali, quanto appariva necessario ad una esposizione compiuta del Diritto, ed in particolare all' ammistrazione della giustizia, e, raccoltolo in un libro, lo pubblicò come legge, privando di qualunque autorità tutto il resto. Per tal modo, fu innalzato al grado di legge un compendio del *Jus*, ma il Jus medesimo, nella primitiva sua forma, più non esisteva. Giustiniano inoltre vietò, che per l'avvenire si pubblicassero opere di Diritto e permise soltanto le traduzioni greche del testo latino e brevi indicazioni del contenuto de' varii capitoli, a guisa di sussidio meccanico; perciò, se veniva scritto un vero libro, un commento sulle leggi, doveva

(*c*) L. 1, 2, *C. Th. de resp. prud.* (I, 4) (leggi recentemente scoperte).

(*d*) L. 3, *(alias un.) C. Th. de resp. prud.* (I, 4) dell' a 426.

(*e*) Savigny, *Storia del Diritto nel Medio Evo*, I, § 3.

Digitized by Google

essere immediatamente distrutto e l'autore punito come falsario (*f*). Qual mezzo per mantenere e propagare la scienza del Diritto, non rimaneva adunque più, se non l'istruzione orale nelle scuole, cui perciò Giustiniano prescrisse nuovi metodi (*g*); ed anche questa, si può immaginare qual dovesse essere, ove si consideri lo spirito del divieto, che abbiamo accennato più sopra. Non poteva certamente consistere in un libero studio delle materie contenute nei testi, sicchè un pur libero giudizio si promovesse ne' discepoli e si mantenesse, così, vivace la scienza. Tutto questo sarebbe stato in diretta contraddizione col divieto di scriver opere di Diritto. Conveniva, adunque, che l'istruzione si limitasse ad un semplice studio meccanico, e che il merito de' professori si riducesse a far superare agli studiosi, inesperti del Diritto, quelle difficoltà, che loro opponeva una materia, sì estesa ed ancora nuova per essi. Tali prescrizioni tutte procedevano da un solo pensiero, quello, cioè, di reputar perfetta la scienza del Diritto, sicchè ogni produzione nuova, oltrecchè non necessaria, potesse soltanto riuscir dannosa.

Vi sarà forse taluno, il quale, trovando troppo strano siffatto giudizio nel significato suo letterale, vorrà darvi un senso figurato, o mitigarne il rigore; ma, a parer nostro, s'ingannerebbe a partito. Verosimilmente Giustiniano, appena salito al trono, udì al pari del re Federico II di

(*f*) L. 1, § 12, L. 2, § 21, L. 3. § 21, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17).

(*g*) Const. *Omnem.*

Digitized by Google

Prussia nel 1740, forti lagni sulla confusione irreparabile del Diritto, e sull' urgente bisogno d' una radicale riforma, ed una fortunata ventura gli fece trovare giureconsulti sì intelligenti, quali non n' erano stati da più d' un secolo, mentr' egli stesso non andava spoglio nè di cognizioni legali, nè di uno spirito attivo, e bramoso di fama. Si volle innanzi tutto por riparo al male più sensibile, cioè, alla massa inestricabile delle opere legali, ed alle tante controversie, in esse differentemente decise; nè avendosi l'esempio d' un altro esperimento di simil genere, che potesse ammaestrare, si potè nella Corte imperiale anche in buona fede credere che tal via fosse per riuscire ad eccellenti risultati, sicchè poi non occorresse altro, se non impedire con divieti, che l' antico male avesse a riprodursi. Inoltre, essendo manifesto lo spirito e la coltura di que' tempi, ne' quali poco certamente aveavi a guastare, non era a temersi che con siffatto divieto avesse a rimaner soppressa una vita intellettuale, animatrice della scienza, come sarebbe avvenuto, se ad uguale partito si fossero appigliati Adriano o Marco Aurelio. La minaccia d' una pena criminale e della distruzione de' libri, ed ancor più il divieto di scriverne, sono, a dire il vero, affatto alieni a nostri costumi; e colla stampa e colle sì ratte comunicazioni fra tanti Stati d'Europa, sarebbe un sogno il voler solo porvi mente; ma pure, prescindendo dalla violenta esecuzione di tali provvedimenti, come cosa meramente accidentale, noi vedremo esserne il concetto fondamentale quella medesima illusione, che, profondamente radicata nella natura umana, sempre

Digitized by Google

ripullula in ogni campo intellettuale, ed in ispecie in materia di religione; quella illusione, per cui crediamo d'imporre agli altri, come verità esclusiva, quel prodotto del nostro intelletto, cui siam giunti dopo avere scrupolosamente studiato, intendendo di bandire per tal guisa l'errore, ma sopprimendo in pari tempo la libertà del pensiero. Giustiniano volle appunto fissare immutabilmente le opinioni legali, quasi come con una *formula concordiae* (*), e nessuno dovea osare di rompere quello stato pacifico delle dottrine giuridiche, che avea a derivarne. E vorremo noi proferirne un severo giudizio? L'esperienza di tredici secoli, ci diede idee più vaste, e tuttavia quel pensiero di Giustiniano domina ancora, nella sua sostanza in quelli che tanto s'illudevano sugli effetti de' nuovi codici, i quali, peraltro non hanno nè la volontà, nè il potere, di attuare, con sì dura legge, il loro pensiero come tentò Giustiniano.

Le suesposte osservazioni non tendono a giustificare l'opera di Giustiniano, al che certo noi non incliniamo, ma ad esporla sotto un più mite aspetto; in particolare poi, fu nostro intendimento dimostrare come quel fatto, di cui abbiamo pur ora tenuto discorso, dev'esser preso nel significato suo letterale, nè ammette una interpretazione artificiosa, o forzata.

(*) La Chiesa luterana, a toglier le discordanti opinioni in fatto di religione, sanciva nel 1577 una *formula concordiae*, la quale conciliasse i differenti partiti.

(Nota del Trad.)

Digitized by Google

§ 27.

Valor pratico dei dettati de' Romani sui fonti di Diritto.

Esposti i dettati del Diritto romano sui fonti del Jus (§ 22-26), convien ora esaminare quale valore pratico abbian essi per noi. La questione interessa ogni Stato, in cui il Diritto romano fu altra volta ricevuto, e vuolsi dividere e risolvere in due parti separate e sono: se lo svolgimento del Diritto, avvenuto dal ricevimento del Jus romano in poi (§ 21), debba essere sottoposto ad esame e giudicato secondo quelle regole; e se in un tale Stato siffatte regole dian norma anche allo svolgimento futuro del Diritto. La prima parte s'applica a quanto noi dobbiamo ammettere come vero testo del Diritto comune attuale, la seconda ai cangiamenti, che per avventura vi si facessero nell'avvenire. La questione è la medesima in ambedue i casi, e quindi una sola sarà parimenti la risposta.

A prima vista, ognuno sarebbe tratto a rispondere affermativamente; ed infatti ov'è in vigore il Diritto romano, per qual ragione si vorrà escluderne l'applicazione nel punto importante della progressiva formazione del Diritto? Gli scrittori moderni non si propongono nemmeno la questione, ma la sciolgono tacitamente nel senso affermativo, e, ciò posto, ricorrono a'passi del romano Diritto, evitando solamente di giovarsene, allorchè l'uso ne potrebbe apparire arrischiato.

Digitized by Google

Noi mostreremo innanzi tratto in poche parole le conseguenze pratiche della soluzione affermativa.

Circa alle leggi, propriamente dette (§ 23), converrebbe rinunziare alla cooperazione del Senato nella loro compilazione, dacchè in nessuno degli Stati moderni havvi un Senato, del genere di quello dell' Impero romano, ma però i caratteri esclusivi d' una vera legge, dovremmo sempre desumerli dall' ordinanza di Teodosio II. — Molto più grave è la questione, allorchè passiamo ai rescritti del principe, in un dato caso di Diritto (§ 24) che ogni giudice dovrebbe riconoscere per legge, almeno colle restrizioni introdotte dalle Novelle di Giustiniano. Alcuni scrittori moderni negano espressamente, ch'essi abbiano forza di legge (*a*); altri propugnano l'applicazione delle regole romane, prescindendo talvolta dai limiti fissati dalle Novelle, ma tacitamente vi danno un ben diverso significato. Così taluni passano sotto silenzio quello che più importa, cioè, l'autorità legislativa nel caso particolare, ed attribuiscono ai rescritti forza di legge solamente ne' casi simili avvenire (*b*): potere, che, secondo il Diritto romano, i medesimi rescritti non ebbero mai, siccome proprio de' soli Decreti (§ 23, 24).

Quanto al Diritto consuetudinario (§ 25), in generale non viene revocata in dubbio l'applicabilità del Diritto romano, e solo alcuno scrittore, allorchè volle impugnare un

(*a*) Mühlenbruch, I, § 35.

(*b*) Glück, I, § 96, il quale cita anche altri scrittori, che parteggiano per la sua opinione, oppure la combattono.

Digitized by Google

dato uso del Diritto consuetudinario, ammesso nel Jus romano, ne pose criticamente in contingenza l'autorità (*c*).

Venendo finalmente al Diritto scientifico, suolsi passar sotto silenzio l'importante legge di Giustiniano contro le opere legali; nè conosciamo un solo scrittore, il quale sostenga doversi pur adesso, in obbedienza a quella legge, distruggere le opere di Diritto. Ed in vero siffatta indifferenza per l'opera propria, non avrebbe in alcun modo potuto essere giustificata. Ma d'altro lato, perchè negare autorità a questa legge, mentre si riconosce quella delle altre su questioni affini?

Riassumendo, si scorge come i nostri giureconsulti ora passino sotto silenzio ed ora a capriccio rifiutino le norme del Jus romano sui fonti di Diritto. Se, dunque, sarebbe affatto impossibile il seguirle tutte assolutamente, due obbiezioni per ciò stesso sorgono, contro qualunque applicazione di tali regole. Primieramente, l'ammetterne alcune, abbandonandone altre, pecca d'incoerenza, nè contro siffatto rimprovero giova la scusa, che un Diritto consuetudinario più recente, abbia p. e. abolito il divieto delle opere legali. È inoltre da considerare, come quelle regole, che voglionsi conservate, tolte dalla relazione, in cui stanno

(*c*) Per es. Schweitzer, *de desuetudine* p. 52, 53, 84. Tutta l'opera combatte gli effetti della *desuetudo* pura, e perciò egli sostiene non essere in tale questione applicabile il Diritto romano; vuole però che valga per tutto il rimanente Diritto consuetudinario, ed in ispecie per la questione sì affine della *abrogatio* per opera della consuetudine.

Digitized by Google

con quelle che si rifiutano, potrebbero forse assumere una ben diversa natura e riuscir perfino disadatte.

Ma portando più innanzi le indagini, ed investigato il motivo, per cui alcune di tali regole, ed in ispecie quelle che concernono le leggi, debbano assolutamente rifiutarsi, tosto si scorge come la ragione ne sia riposta nell' appartener esse al *Diritto pubblico*, che generalmente non fu ricevuto (§ 1, 17). E tal ragione non è propria della legislazione soltanto, ma s' estende altresì a qualunque altro modo di formazione del Diritto generale, sicchè, a non essere incoerenti, conviene ammettere, che il Diritto romano non sia applicabile a nessun fonte di Diritto. Così è tolto qualunque valore pratico, tra le altre, alla controversia sul significato della *L.* 2, *C. quae sit longa consuet.*

E tutto quanto abbiamo detto finora contro l' applicabilità del Diritto romano alla dottrina de' fonti, valga altresì pel Jus canonico.

Sarebbe diversa la cosa negli Stati alemanni, relativamente alle leggi dell' Impero, poichè queste reggevano il Diritto pubblico, del pari che il privato; ma null' altro contenendo su' fonti di Diritto, fuorchè il riconoscimento generale ed indeterminato dell' esistenza d' un Diritto consuetudinario (§ 25), il quale poteva anche farne senza, non occorre qui tenerne discorso.

Digitized by Google

§ 28.

Opinioni de' moderni sui fonti di Diritto.

Rimane ancora ad accennare in che, dalla nostra, differiscano le opinioni preponderanti de' moderni sui fonti di Diritto. Qui per la massima parte basterà accennare il tenore dell'opinione contraria, senza citare gli autori e senza entrarne in controversia.

Assai di sovente la *legislazione* è posta in una relazione co' fonti di Diritto in generale, ch' è ben diversa da quella che noi intendiamo. Vogliono infatti considerarla, come l' unico vero ed utile elemento generatore del Diritto, sicchè tutto il resto non valga, se non come supplimento secondario, che meglio sarebbe anzi non esistesse. Così opinando, si appresta alla scienza del Diritto un soggetto accidentale assai e mutevole, ed in pari tempo, se ne degrada l' esistenza per modo, ch' essa debba sempre più scemar di valore di mano in mano, che la legislazione si va perfezionando, e perfino sparire del tutto, quando questa giugnesse ad uno stato ideale di perfezione. — Ultima conseguenza di siffatto sistema, è l' illimitato valore, attribuito ne' tempi moderni ai nuovi Codici universali ed i magnifici effetti che se ne attesero. Avviene però altresì che molti, i quali parteggiano per tale sistema, non convengono poi nell' accennata conseguenza, od almeno non vi danno tanto peso; e per tale potrebbe di leggieri am-

Digitized by Google

mettersi l'opinione della massima parte dei pratici più ragguardevoli.

Dalla legislazione, vuolsi passar subito al *Diritto scientifico*. Assai capriccioso ed ineguale è il giudizio de' moderni sugli scrittori, che li precedettero, sicchè ne' casi particolari vi danno autorità, o la niegano a loro talento, senza cercar nemmeno di giustificare siffatta loro incostanza, accennando ad un principio che serva loro di guida. In ispecie non di rado considerano le opinioni de' pratici antichi, quasi come regole immutabili per tutti i tempi avvenire, e quasi, come se ogni secolo non fosse chiamato, al pari de' precedenti, a cooperare colle sue proprie forze alla formazione del Diritto. Così facendo, suppongono che la nostra condizione rispetto a tempi addietro, sia simile a quella che Valentiniano stabilì realmente pel suo secolo. Ma quella disposizione era di natura affatto positiva, tale che in nessun tempo può crearsene una simile coll'immaginazione; in particolare poi essa traeva l'intima sua origine dalla effettiva declinazione della scienza del Diritto e dello spirito scientifico in generale, mentre a tempi nostri, checchè se ne voglia pensare, è pur certo, che in essa domina grande solerzia.

Una rivista tanto sommaria delle nuove opinioni, mal potrebbe bastare, ora che ci facciamo a discorrere del Diritto consuetudinario. Anzi qui, ci riservammo di esporre ne' particolari le nostre idee sul nostro Diritto consuetudinario pratico (§ 18) sembrandoci che meglio le si potessero comprendere, se poste a confronto colle altrui.

Digitized by Google

L' opinione predominante si è, che il Diritto consuetudinario non costituisca un fonte naturale del Diritto, sicchè, per renderlo tale, occorra una particolare legittimazione. Questa sarebbe nelle repubbliche il fatto, che quel medesimo popolo (§ 10), il quale agisce uniformemente in un dato modo, rappresenta ad un tempo il potere legislativo, sicchè ogni consuetudine ha sempre e necessariamente in sè il tacito consenso del legislatore nella regola ripetuta *(consensus tacitus specialis)* e quindi in una repubblica, non è se non una legge tacita. Altrimenti procede la cosa nelle nostre monarchie, nelle quali il popolo, che fonda la consuetudine, è spoglio di qualunque potere legislativo, ed il principe, che ha siffatto potere, non partecipa alla consuetudine. Nè fa differenza che la monarchia sia costituzionale, mentre forse non uno solo de' membri delle Camere, concorse a stabilire la consuetudine, e per di più, i Parlamenti soli, senza il principe, non possono far leggi. Quivi il Diritto consuetudinario ha l' apparenza d' una specie di opposizione de' sudditi contro il governo, di un' usurpazione di parte del Sovrano potere; un atto quindi così pericoloso ha bisogno d' essere avvedutamente legittimato. A tal fine si ricorre al consenso del legislatore, che non può essere implicito nella consuetudine stessa, come nelle repubbliche, ma che vi si aggiunge dal di fuori. In que' paesi, ov' è in vigore il Diritto romano, la cosa non va soggetta a difficoltà, perchè quel Jus riconosce chiaramente l' autorità del Diritto consuetudinario, ed in ciò sta il *consensus generalis expressus* del legislatore per ogni futura

Digitized by Google

consuetudine. Ma le norme fissate dalla *L.* 2, *C. quae sit longa consuet.*, parvero richiedere un maggior fondamento, pel caso che la consuetudine avesse ad abolire la legge, e lo si rinvenne nel *consensus specialis* del principe per quel dato caso. Qui per altro discordano le opinioni; imperciocchè alcuni dicono potersi il consenso dedurre dalla semplice tolleranza della consuetudine, ed altri vogliono che sia di volta in volta provato, che il legislatore ne conosceva l' esistenza (*a*). — Tutto ciò, quanto all' autorità del Diritto consuetudinario in generale. Nei casi particolari poi la pura consuetudine, cioè, la ripetizione uniforme di atti, è considerata qual vero elemento generatore della regola di Diritto, sicchè vuolsi che la si possa sminuzzare in tanti atti determinati, singolarmente accertabili. Questo modo sì ristretto di considerare la cosa, potrebbe tutt' al più applicarsi alle consuetudini particolari, che più di sovente s' hanno di mira, ma certamente giammai ai casi gravi ed ardui del moderno Diritto consuetudinario, ne' quali coincide col Diritto scientifico (§ 18, 20).

Queste idee fondamentali ebbero altresì massimo potere sulla soluzione pratica delle varie questioni concernenti il Diritto consuetudinario, e che si riferiscono in parte alle condizioni - in parte alla prova - ed in parte agli effetti di quel Diritto.

(*a*) Glück, I, § 85, Guilleaume, *Rechtslehre von der Gewohnheit*, Osnabrück, 1801, § 24-27.

Digitized by Google

§ 29.

Opinioni de' moderni sui fonti di Diritto. Continuazione.

Le *condizioni*, che soglionsi richiedere, affinchè sorga il Diritto consuetudinario, riferisconsi esclusivamente alla natura de' varii atti, dal cui concorso si fa risultare (§ 28), ed appunto per ciò non possono avere, se non una parziale applicazione al Diritto consuetudinario particolare; anche parlando di questo poi, gli atti individuali non possono considerarsi come elementi generatori del Diritto, ma vanno risguardati piuttosto quali manifestazioni o segni distintivi dell' esistenza d' un convincimento comune giuridico. Così modificate, possiamo ammettere per vere quelle condizioni, sicchè convien analizzarle e stabilirle ad una ad una. Perchè valgano a fondare un Diritto consuetudinario, i varii atti, secondo l'opinione de' moderni autori, debbono rinchiudere le qualità che seguono:

1) Debbono essere più d'uno. Fu contrastato a lungo sul numero loro. Uno non potea per fermo bastare; in via ordinaria nemmeno due soli, benchè talvolta, per eccezione possano essere sufficienti. La più degli autori finalmente convennero che il giudizio in tale argomento, dovesse rimettersi al criterio del giudice, e questo è il più sano partito. A seconda della differente natura degli atti, il giudice ne richiederà quindi, ora più ed ora meno, ed in ciò fare, si terrà sempre presente che la pluralità degli

Digitized by Google

atti vale ad impedire, che un fatto procedente da un solo individuo, o dal caso, assuma le false apparenze di un' azione derivante dal convincimento comune giuridico (*a*).

2) Debbono essere uniformi e non interrotti, il che significa che la consuetudine s' interrompe, allorchè in mezzo agli atti, che varrebbero a fondarla, se ne frappongano altri, fondati sopra una regola contraria; la cosa è manifesta (*b*).

3) Gli atti devono essere ripetuti per un lungo spazio di tempo. Anche qui la misura del tempo fu tema di viva controversia. Taluni vollero che fosse necessario un termine di 100 anni, perchè in alcun luogo fu così determinato il senso della voce *longevum*. Altri, in molto maggior numero, fondandosi sul Diritto canonico, credettero applicabile il termine ordinario della prescrizione, e precisamente quello *longum tempus*, cioè di 10 anni; non potendosi esigere il termine più lungo di 20 anni, dacchè erano sempre presenti il principe od il popolo, in confronto de' quali vuolsi acquistare il nuovo Diritto. Contro il Diritto canonico, e quindi contro la Chiesa, richiedevansi 40 anni, contro il principe un tempo immemorabile. Più tardi poi la maggior parte convenne, che non si dovesse fissare un dato termine, ma abbandonarne il giudizio al criterio

(*a*) Lauterbach, I, 3, § 36; Müller ad Struv. I, 3, § 20, Glück, I, § 86, N. 1, e specialmente Puchta, *Diritto consuetudinario*, II, p. 79 e seg., p. 85.

(*b*) Puchta, II, p. 89 e seg.

Digitized by Google

del giudice; sul che, non v' ha a ridire. Anche in tale proposito convien guardare, come abbiamo avvertito di sopra per la pluralità degli atti, che fatti individuali, passaggieri o procedenti dal caso, non assumano la falsa apparenza di segni d' un comune convincimento giuridico (*c*).

4) È principio, generalmente ammesso, che, a fondare la consuetudine, siano particolarmente atte anche le sentenze del giudice. Taluno sostenne perfino, che le decisioni giudiziali fossero elementi indispensabili d'un Diritto consuetudinario, ma incontrò, a buon diritto, l'opposizione della maggior parte degli autori (*d*). Quanto a noi, non possiamo nemmeno ammettere così assolutamente, che tutti i giudicati valgano a tale effetto. Fatte le debite differenze, vuolsi ad essi applicare, invece, quanto abbiamo detto di sopra sui lavori pratici de' giureconsulti in generale, e perciò quando le sentenze si fondino direttamente sopra un Diritto consuetudinario, saranno importanti monumenti della sua esistenza, ed il saranno pure, allorchè ammettano, in genere, per vera e certa una regola di Diritto, senza fare maggior cenno sulla sua origine. La cosa è diversa, quando le sentenze deducano una regola di Diritto da principii teorici e molto più ancora da una teorica falsa; allora, in fatto, hanno lo stesso carattere della teorica, onde procedono, nè possono attestare il riconoscimento della regola per parte della coscienza comune giuridica.

(*c*) Puchta, II, p. 93 e seg.

(*d*) Lauterbach I, 3, § 35, Müller ad Struv. I, 3, § 20, Glück, I, § 86. N. V. Guilleaume *loc. cit.* § 31; soprattutto Puchta II, p. 31 e seg.

Digitized by Google

5) Gli atti devono procedere dal sentimento della loro necessità giuridica (*necessitatis opinio*). Non potrà quindi mai sorgere un Diritto consuetudinario da molti atti di semplice generosità, esercitati da più persone, in modo uniforme e per lungo spazio di tempo, poichè e donante e donatario sapevano, che quegli atti procedeano dalla libera volontà, e poteano tanto esercitarsi, quanto essere intralasciati. — Tale requisito è il più importante di tutti, ed acquista ognora maggior valore, quando sia combinato coi requisiti che seguono. Abbiamo già citati più sopra (§ 25 nota *d*) i passi del Diritto romano, ne' quali viene espressamente riconosciuto. Ed è appunto, in forza di tale principio, che le sentenze del giudice sono particolarmente atte a dar prova dell' esistenza d' un Diritto consuetudinario, non potendo esse procedere dall' arbitrio del giudice, ma sibbene dal suo convincimento giuridico. Anche i contratti, benchè vi siano meno acconci, per quell' elemento arbitrario che racchiudono, possono però servire di mezzo a ritrarre l' esistenza d' un Diritto consuetudinario, in quanto presuppongano per vera una regola di Diritto, o ne facciano diretta applicazione (*e*).

6) Conviene che gli atti non procedano dall'errore. Cotesto requisito, sebbene abbia in proprio favore l' espresso riconoscimento del Diritto romano (*f*), condusse ad una contraddizione insuperabile. In effetto la regola di Diritto non

(*e*) Puchta, II, p. 33 e seg.

(*f*) Vedi più sotto la nota *l*.

Digitized by Google

sorge, se non per mezzo della consuetudine, nè poteva quindi essere bella e formata, quando avvenne il primo atto, e tuttavia, per l'altro principio testè indicato, quel primo atto voleva essere accompagnato dalla *necessitatis opinio*, sicchè ne viene di conseguenza, che si fondasse su di un errore, nè potesse essere valutato nell' indagare l' origine del Diritto consuetudinario. Lo stesso dicasi del secondo atto, che viene per tal modo ad essere nuovamente il primo, lo stesso del terzo e dei susseguenti. Perciò, se non si prende il partito di abbandonare l' uno o l'altro de' due requisiti, la formazione d' un Diritto consuetudinario diviene affatto impossibile. Il contrasto, fra le due regole, è sì palese, che alcuni non solo ammisero che gli atti, costituenti la consuetudine, potessero aver per base anche l' errore, ma anzi, per essere coerenti, considerarono l' errore come necessariamente annesso ad ogni Diritto consuetudinario; non riflettendo che per tal modo entravano in diretta opposizione col dettato di Celso (*g*). — Siffatta contraddizione e siffatto contrasto, secondo i nostri principii, non si danno; imperocchè per noi, la consuetudine

(*g*) Schweitzer, *de desuetudine*, p. 78, Hübner, *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner*, p. 164. Quest' ultimo, per non cadere in contraddizione colla L. 39 *de leg.* vuole, ch' essa non risguardasse se non le erronee interpretazioni delle leggi, e negasse a queste soltanto la forza di Diritto consuetudinario. Ma in primo luogo, tale limitazione è introdotta ad arbitrio in quella legge, e poi se ogni altro errore non impedisce la formazione d' un vero Diritto consuetudinario, per qual ragione dovrà impedirla quello relativo all' interpretazione d' una legge?

Digitized by Google

manifesta l' esistenza della regola di Diritto, non la genera, sicchè già fin dal primo atto individuale, poteva e dovea esservi la *necessitatis opinio*, scevra da qualunque errore. Tuttavia il requisito, che vuole escluso l' errore, non conviensi ammettere per vero, senza alcuna limitazione; così p. e. non farà ostacolo quell' errore teorico, il quale non abbia servito se non a suffragare un convincimento popolare, che già sussisteva indipendentemente da esso, (§ 20). Parimenti, se l' atto sia tanto esteriore e sì indifferente, che non si possa richiedere, che proceda da un intimo convincimento, esso potrà dar origine ad un Diritto consuetudinario, benchè poggi sull' errore. Così p. e. è cosa indubitata che nelle sottoscrizioni, e nell' impronta del suggello de' testimonii, dopo il Medio Evo s' introdusse, solo erroneamente, una forma straniera al Diritto romano, e tuttavia in fatto coll' uso lungo, e pienamente conforme, ad onta dell' errore primitivo, essa divenne forma legale (*h*).

7) Gli atti devono essere ragionevoli (*rationabiles*). Abbiamo già citati superiormente (§ 25, nota *z*) i passi del Diritto canonico, da' quali si deduce tale requisito. Attribuendogli un significato positivo, quello cioè che la regola espressa nella consuetudine, debba essere opportuna e salutare, è certo pericoloso per la stabilità del Diritto il lasciare al giudice la decisione d' una qualità, che non potrebbe con precisi dati essere determinata. Per questo

(*h*) Sull' errore relativamente alle consuetudini, vedi Puchta, II, p. 62 e seg.

Digitized by Google

appunto, più di frequente, lo si interpreta in senso negativo, intendendo, che per esso vengano escluse soltanto le consuetudini assolutamente irragionevoli e ripugnanti al senso morale (*i*). A sostegno di tale interpretazione, meno pericolosa per la pratica, si potrebbe citare un passo della Costituzione di Carlo V, che notifica e censura una quantità di consuetudini *cattive ed irragionevoli* (*k*), ma questo passo non fissa il principio, di cui qui trattasi, che le consuetudini irragionevoli siano da sè invalide, ed inette a formare una regola di Diritto, ed anzi, se l'imperatore trovò necessario di abolirle, in forza del proprio potere a non supporre nella legge somma improprietà d'espressione, vuolsi dedurne, che, senza quell'abolizione espressa, fossero legalmente valide.

Raccogliendo, sotto un solo principio, tutti e tre gli ultimi requisiti, veniamo al seguente risultato, procedente dall'essenza del Diritto consuetudinario. La regola di Di-

(*i*) Glück, I, § 86, N. III. Vedi specialmente Puchta, II, p. 49 e seg.

(*k*) C. C. C. art. 218:.... « e perciò in forza del nostro potere imperiale, le aboliamo, annulliamo e distruggiamo e s'elle siano ricevute, vogliamo che si considerino come non ricevute ». Tanto meno poi, si può attribuire a questo passo l'importanza d'una prescrizione generale sulla natura permanente del Diritto consuetudinario, dacchè delle consuetudini non vi è fatto cenno, se non per caso. Alcuni, infatti, dei principii, in quella Costituzione aboliti, si fondavano su leggi provinciali, anzichè sopra consuetudini. Il passo surriferito tendeva adunque a stabilire, quanto al Diritto penale, la relazione del Diritto generale col particolare, non quella totalmente diversa del Diritto scritto col Diritto non iscritto.

Digitized by Google

ritto sorge o dalla coscienza comune giuridica, o dal convincimento diretto che la regola è vera, ed obbligatoria da sè, senza bisogno d'una sanzione esterna, il quale convincimento può manifestarsi con uniformi atti individuali, vale a dire per mezzo della consuetudine. In tal caso, però, gli atti, non debbono essere puramente arbitrarii, come sarebbero gli atti di mera liberalità, o consistere in delitti, i quali a nulla posson valere, benchè frequentemente ripetuti, avendo i delinquenti la chiara coscienza della loro ingiustizia, e sapendo che il fatto loro è opera del libero arbitrio. Nè parimenti devono derivare da un errore dimostrabile, mentre anche in tal caso, non può dirsi che sieno l'espressione di quel convincimento generale, che è qui il solo punto essenziale (*l*). Ad illustrare il principio con un esempio, citeremo il caso che un giudice per isbaglio applicasse un passo non glossato del Diritto giustinianeo, solo perchè nell'edizione, ch'ei possiede, non era chiaramente distinto dai glossati (§ 17); nella quale ipotesi, se anche altri giudici seguissero il suo esempio, non ne sorgerebbe per ciò minimamente un Diritto consuetudinario. — Considerando, adunque, l'errore e l'irragionevolezza soltanto co-

(*l*) L. 39, *de leg.* (I, 3) » Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet. » Cioè, quando è dimostrato, che una consuetudine non trasse il suo punto di partenza da un convincimento giuridico comune, ma da un errore (il quale necessariamente esclude quel convincimento), non si deve, in base ad essa, ammettere un Diritto consuetudinario e non havvi quindi alcuna ragione di giudicare, secondo quella regola, i casi simili avvenire.

Digitized by Google

me qualità di un atto, che lo rendono inetto a concorrere alla formazione d' un Diritto consuetudinario, chiaro ne risulta come l' esigere, ch'ei non intervengano nella consuetudine, non differisce dal volere che questa proceda dalla *necessitatis opinio*, ed è puramente una conseguenza o lo svolgimento di questa. Per avere una giusta idea della natura del Diritto consuetudinario conviene essere ben padroni di questo principio, e quindi non sarà superfluo, spargervi maggior luce con qualche esempio. Il Diritto romano proibisce l' anatocismo; ora, se siffatto genere d' usura fosse in qualche luogo assai comune, ma venisse ingegnosamente palliato, non ne potrebbe mai derivare un Diritto consuetudinario perchè la dissimulazione addita a chiare note mancare il convincimento giuridico. All' incontro suolsi, generalmente nel commercio, pareggiare i conti alla fine d'ogni anno, ed anche ad intervalli più brevi e porre in nuova partita il saldo, il quale frutta subito nuovi interessi, benchè esso medesimo sia composto in parte degli interessi del periodo decorso. Questo fatto s' oppone, per fermo, alla regola del Diritto romano, però avviene dappertutto e palesemente., nè potrebbe farsi altrimenti senza nuocere alla semplicità del computo commerciale; inoltre in questo caso non ricorre minimamente lo scopo, cui tende la legge romana. Qui, adunque, il divieto fu abolito da una consuetudine generale de' negozianti, nè importa il vedere, se molti di essi così agiscano, sapendo precisamente il giusto valore di quello che fanno, poichè tutti operano, persuasi della necessità e della legalità del loro proce-

Digitized by Google

dere. - Riassumendo pertanto i requisiti del Diritto consuetudinario, quali furono sinora esposti, noi veggiamo che sono applicabili non soltanto a singoli atti ed a particolari consuetudini, ma altresì al Diritto consuetudinario generale de' tempi moderni, ch' è di tanto maggior peso. Infatti la distinzione, posta superiormente quanto al Diritto pratico, secondo ch' ei proceda da una teorica fallace, o da un giusto apprezzamento della nuova condizione di cose e de' nuovi bisogni (§ 20) in sostanza non è altro, se non l' applicazione de' principii testè dimostrati. La teorica fallace è un errore, *non ratione obtentum*, e quindi inetta a valere ed agire come Diritto consuetudinario: invece la pratica, derivante dai bisogni delle nuove condizioni, ha per base la *ratio*, la *necessitatis opinio* e dee perciò ammettersi quale Diritto consuetudinario, anche se, nel darvi un fondamento razionale, fosse passato alcun errore storico.

8) Alcuni da ultimo stabiliscono per requisito separato ed essenziale, la pubblicità de' varii atti. È certamente vero, che cer. atti, appunto per la loro pubblicità, meglio di altri si prestano a dar prova dell' esistenza d' un Diritto consuetudinario, e che altri meno vi sono acconci, perchè rimangono nascosti, e noi medesimi ne abbiamo citato alcun esempio; dipendendo ciò dall' essere l' atto, più o meno idoneo a far conoscere un convincimento giuridico, che gli serva di base. Ma coloro, che un' importanza speciale attribuiscono alla pubblicità, muovono dal *consensus populi*, o dal *consensus principis*, e si appoggiano quindi ad un errore fondamentale circa l' essenza del Diritto consuetudina-

Digitized by Google

rio (§ 28). Siffatto requisito della pubblicità degli atti, non può adunque generalmente ammettersi (*m*).

§ 30.

Opinioni de' moderni sui fonti di Diritto. Continuazione.

Facendoci a parlare della *prova* d' un Diritto consuetudinario, in riguardo alla pratica, c' immaginiamo un processo, in cui uno de' litiganti metta in campo quel Diritto in proprio favore; e ci domandiamo: come potrà il giudice venire nel convincimento della sua esistenza? Non è possibile rispondervi in modo soddisfacente, se non dopo avere studiata la questione più generale, come sorga in genere il riconoscimento dell'esistenza e del contenuto di un Diritto consuetudinario, indipendentemente dal caso concreto d' un processo e di un giudice (*a*).

Riferendo la questione innanzi tutto a' membri di quella comunità, nel cui seno è sorto, sussiste ed opera (§ 7, 8) il Diritto consuetudinario, la risposta si presenta subito da sè medesima; il riconoscimento avviene in modo *immediato* o *diretto*; imperciocchè è essenzialmente proprio di quella specie di Jus il ritrarre l' esistenza dalla comune coscienza giuridica de' membri della comunità. In questo senso può dirsi,

(*m*) Puchta, II, p. 40 e seg.

(*a*) Vedi specialmente Puchta, *Diritto consuetudinario*, Vol. II, cap. 3, 4.

Digitized by Google

che ogni Diritto consuetudinario si fonda sulla *notorietà* (*b*). Nè ci si obbietti che per tal modo si verrebbe a provar troppo dacchè se ciò fosse, nessuna controversia mai sorgerebbe in tale proposito, nè mai sarebbe richiesta la prova dell' esistenza d' un Diritto consuetudinario. Tutto dipende dal conoscere per chi vuolsi, che alcuna cosa sia notoria, e quali limiti vengano alla notorietà assegnati. Nulla in un popolo è più notorio, quanto il complesso della sua lingua, e ciò non ostante, uno straniero, che capiti frammezzo a questo popolo, forse non ne intenderà verbo. Lo stesso avviene relativamente al Diritto consuetudinario, per coloro che sono estranei a quella comune coscienza giuridica, e che perciò non ponno riconoscerne l' esistenza, se non in modo *mediato*, od *indiretto*, od artifiziale; e tra questi vanno annoverati, non soltanto gli stranieri, ma tutti gl' impuberi eziandio, e, per molti principii di Diritto, anche le donne. Onde si conclude, che anche in mezzo al popolo nel quale il Diritto consuetudinario sussiste, le persone che hanno la capacità e l' uso di conoscerne, voglionsi dalle altre distinguere, che non entrano effettivamente a parte della comune coscienza giuridica, benchè, ne' loro rapporti di Diritto, siano ugualmente sotto l' impero del Diritto consuetudinario. Anzi il numero delle prime potrà essere assai vario, secondo il genere della regola di Diritto, di cui pe-

(*b*) L. 36, *de leg.* (I, 3), « Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. »

Digitized by Google

culiarmente si tratti, e secondo l' intelligenza ed il grado di coltura del popolo; siffatta loro capacità, per altro, non varrà mai da sè sola a farle reputare veri giureconsulti. Appunto su tale riconoscimento immediato del Diritto, si appoggiava l' antico istituto germanico degli scabini, ch' erano persone conoscitrici del Diritto, ma nulla più.

Vuolsi inoltre esporre come possano venire a conoscere in modo mediato (ch' è l' unico loro possibile) il Diritto consuetudinario, quelle persone, che non sono tra' conoscitori di esso, ma che pure, o dal proprio interesse in alcun riguardo di Diritto, o dal semplice desiderio d' istruirsi, son tratti a richiederne notizia. In primo luogo possono riconoscerne l' esistenza colla sua applicazione reale e fu già detto quali debban esserne i caratteri, perchè valga a tale scopo (§ 29). Possono riconoscerlo inoltre per l' attestazione di quelli, che ne hanno cognizione immediata; la quale può esser chiesta e data pel bisogno che alcuno in un dato momento ne abbia, in occasione d' una importante controversia di Diritto, oppure esser contenuta in annotazioni, fatte già prima ed in tal caso l' applicazione ha una ampiezza ed una durata di gran lunga maggiore.

Le dichiarazioni degli antichi scabini (*Weisthümer*) consistevano appunto in tali attestazioni, richieste per un bisogno speciale del tempo allora presente (*c*). Siffatto uso

(*c*) Eichhorn, *Deutsches Privatrecht*, § 5, 14, 26. — Alcuno potrebbe credere che siffatta istituzione sia possibile soltanto a' tempi così semplici, quali eran quelli degli antichi scabini, ma non così a' tempi nostri; ma, a disingannarlo, basterebbe citare l' esempio dell' Inghilterra, ove

Digitized by Google

non era straniero neppure a Romani, e ce ne porge un notevole esempio il fatto di Giustiniano, allorchè sollecitato ad emanare una nuova legge sul *foenus nauticum*, o prestito a cambio marittimo, ingiunse ad un magistrato di sentire, con giurato esame, quali testimonii, le persone, che solevano versare in tal genere di contratti e di riconoscere da esse le regole di Diritto, che vi si osservavano; e giusta le loro dichiarazioni, promulgò poscia una legge, che confermava la sostanza di quelle consuetudini, così accertate (*d*). Quando ci faremo a trattare del modo, con cui debba contenersi il giudice riguardo ad un Diritto consuetudinario, che fosse dubbio, vedremo come anche a' giorni nostri, possa in singoli casi occorrere di dedurre in siffatta guisa un Diritto consuetudinario.

Fra i documenti, che attestano in più larga sfera, e pe' tempi avvenire, l'esistenza d'un Diritto consuetudinario, vanno innanzi tutto annoverate quelle dichiarazioni degli scabini, non richieste dal bisogno d'un caso speciale. Vi si vogliono poi aggiungere, nella massima parte, le antiche leggi popolari, ed i libri di Diritto ad esse posteriori, i Diritti municipali e territoriali alemanni, gli statuti de' municipii italiani, e gli usi (*coûtumes*) di Francia. Nelle

anche oggi le condizioni popolari d'ogni specie, soglionsi dedurre per mezzo delle dichiarazioni di esperti dei ceti più differenti. Le forme ivi adoperate, potrebbero in parte applicarsi fra noi, ne' casi in cui si tratta di stabilire l'esistenza e l'estensione d'un Diritto consuetudinario.

(*d*) Nov. 106. Vedi Puchta, I, p. 116, II, p. 133.

Digitized by Google

moltiformi raccolte di simil fatta, noi veggiamo però spesso integrato il Diritto consuetudinario da Diritto formulato in legge; in ispecie poi tali raccolte, coll' andar del tempo, fecero le parti di vere leggi, sicchè ne andò in dimenticanza la primitiva loro destinazione, ad attestare il Diritto consuetudinario.

Sarebbe desiderabile, che collo stesso spirito di quelle antiche raccolte, si provvedesse anche attualmente alla conservazione e diffusione del Diritto consuetudinario moderno. Tale è il vero assunto de' Codici, detti provinciali, che dai Codici generali, specialmente per ciò si distinguono, che invece di svolgere l' intiero sistema di Diritto, trattano soltanto di quegli oggetti, di cui il compilatore ha una cognizione particolare ed è quindi padrone assoluto. Il lavoro non dovrebbe però essere trattato, come cosa del momento, e terminativa, quasi fosse un affare ordinario, che vuol essere spedito in giornata; converrebbe piuttosto, e sarebbe ben meglio, che l'opera fosse lenta e progressiva, e traesse alimento da sè medesima, non senza attignere alla giurisprudenza de'Tribunali superiori. La riuscita dipende dalla buona scelta de' compilatori, i quali avrebbero ad astenersi da due, pur possibili, preoccupazioni; primo, dalla predilezione pel concentramento e l'uniformità del Diritto, le quali certo rendono comodo il loro uffizio ai giudici, ed agevolano di tanto la sopravvegghianza sull'andamento meccanico degli affari; secondo da un amore troppo vivo per le cose particolari d'un luogo, o per l'antichità, per ciò solo ch' è tale. Siffatto amore è certo bello e ottimo, ma ancora più bella è

Digitized by Google

la verità pura, e molto meglio è soddisfare a' bisogni de' tempi presenti. — Perchè l' opera riesca veramente a buon frutto, vuol essere intrapresa nello stesso modo, come proferivansi le dichiarazioni degli scabini, nè devesi specialmente trascurare d' assumere diligenti informazioni anche da persone estranee alla scienza del Diritto; imperciocchè talvolta in esse il difetto di coltura scientifica è ben compensato dalla percezione più chiara dell' essenza de' rapporti di Diritto (nota *c*).

Considerati nel generale i varii modi, pei quali si giugne a riconoscere l' esistenza del Diritto consuetudinario, passeremo a vedere come debba contenersi il giudice, che abbia a proferirne sentenza. Assai diffusa è l' opinione, che il Diritto consuetudinario sia un fatto al pari di qualunque altro, che serva di base ad un Diritto, come sarebbe l' esistenza di un contratto, o di un testamento, sicchè, non potendo il giudice ammettere alcun fatto, che non sia stato addotto e provato da una delle parti, anche riguardo all' esistenza di un Diritto consuetudinario, dovrà, quanto al carico della prova, ed ai mezzi di essa, valere quello, che tutti ammettono, riguardo ad altri fatti, come ai contratti ed ai testamenti. Taluno mitigò in pratica gl' inconvenienti di tale opinione, ma, nulladimeno, essa vuol essere assolutamente rifiutata (*e*).

Ogni rapporto di Diritto consiste di due elementi,

(*e*) Puchtá, I, p. 105, II, p. 151 e seg. Vedi Lange, *Begründungslehre des Rechts.*, Erlangen, 1821, § 16.

Digitized by Google

uno generale ed uno particolare; la regola di Diritto è il generale, mentre il particolare consiste di que' fatti, pei quali si applica la regola al caso concreto (§ 5). Il giudice può e deve conoscere la regola di Diritto *(jus novit curia)*, ma nè può, nè deve aver cognizione de' fatti, fino a che una delle parti non glieli abbia allegati e n'abbia fornito la prova; nè questa differenza soffre alterazione perchè la regola di Diritto emani, piuttosto che da leggi, dal Jus consuetudinario, o dalla scienza. L' erronea dottrina surriferita confonde i due elementi d' ogni rapporto di Diritto, riferendo alla cognizione della regola di Diritto, quanto vale soltanto pei fatti particolari del caso concreto. Ed in vero per questi soltanto sta la necessità che siano provati con date regole processuali, ed appunto per esprimere siffatto loro carattere particolare, li chiamiamo *fatti*, usando del significato tecnico della parola. Ond' è che, come avviene ogni volta, che ad una voce si dà praticamente un senso speciale più ristretto, questa espressione, avente un doppio significato, produsse, od almeno confermò la confusione, di cui più sopra abbiam fatto cenno. E per verità nel significato più ampio della parola, anche la formazione del Diritto consuetudinario è un fatto. Ma i sostenitori dell' impugnata dottrina, dacchè considerano, per tal guisa, come un fatto il Diritto consuetudinario, dovrebbero, ad essere coerenti risguardar per tali anche le leggi, mentre eziandio la legge si fonda sul fatto della promulgazione, ed in tal caso il giudice non potrebbe applicare legge alcuna, se non quando

Digitized by Google

una delle parti gliene allegasse e provasse l' esistenza ed il tenore. Ma certo a nessuno verrebbe in mente di sostenere un simile assunto, quantunque e legge e Diritto consuetudinario, sotto un aspetto sì generale considerati, abbiano una natura perfettamente uguale. Male poi s' appiglierebbe altresì chi (prescindendo dalla verità interna che possa essere in questa dottrina) volesse cercarvi un appoggio nel Jus romano (*f*), quando nel fatto il Jus romano, sulla prova del Diritto consuetudinario, non contiene regole di sorta alcuna.

Vuolsi, però, avvertire che siffatta dottrina, benchè erronea nella sua sostanza, contiene però un elemento di vero; ed appunto, sceverando questa parte accettabile e restrignendola ne' veri suoi confini, potremo sperare di rimuovere del tutto il frammistovi errore (*g*). Lo stato del Diritto è divenuto a' nostri tempi artifiziale, e noi pretendiamo dal giudice una coltura giuridica scientifica, di cui egli deve dar saggio in dati esperimenti, sicchè la sua condizione è ben diversa da quella degli scabini de' tempi trascorsi. Gli scabini attestavano, in ogni controversia di Diritto, il Jus vivente nel popolo, di cui, al pari d' ogni altro della nazione, partecipavano la coscienza immediata, distinguendosi forse soltanto per averne col maggiore esercizio percepita una nozione più pura e più completa. Perciò, se da un canto noi pretendiamo dai giudici de' giorni nostri molto più di quello, che per l' addietro si richiedeva dagli

(*f*) Pare che questa sia l' opinione di Eichhorn, nel suo *Diritto privato germanico*, § 26.

(*g*) Vedi Puchta, *Diritto consuetudinario*, II, p. 165 e seg.

Digitized by Google

scabini, è giuocoforza che in altro senso da essi meno si esiga. Se devono giudicare colla scorta d'una scienza, non senza dispendio di molte forze, non possiamo aspettarci da loro che, al pari degli antichi scabini, abbiano acquistata una coscienza giuridica immediata, anche col vivere frammezzo al popolo (*h*). Da ciò ne viene, che la posizione de' nostri giudici varia, secondo che si trovano a fronte di quella parte del Diritto, che derivò dalla legge, dalla scienza, o dall'altra, che trae dal Jus consuetudinario la sua origine. Sono in caso ed in obbligo di conoscere il Diritto formulato in legge e lo scientifico, e mancano al loro uffizio, decidendo erroneamente per ignoranza di esso; ma non hanno uguale possibilità ed uguali doveri, quanto al Diritto consuetudinario. Adunque una parte, ad essere sicura che il giudice non trascurerà per isvista, in suo danno, una regola del Diritto consuetudinario, dovrà fargliene l'esposizione, e indurre in lui il convincimento della sua esistenza; e se ommetterà di farlo, o non riuscirà nell'impresa, dovrà attribuire a sè medesima il proprio male, non potendosi in generale farne al giudice in tal caso censura.

(*h*) Siffatta differenza poggia, senza dubbio, in parte sull'aver noi ricevuto un Diritto straniero, che per sua natura richiede sempre uno studio dotto; sarebbe però un errore il credere, che questo ne sia il motivo principale. Gl'Inglesi, non hanno Diritto straniero, ma la massa dei loro atti del parlamento, e giudicati giudiziarii, è sì enorme, che lo studio necessario di essi, come appo noi quello del Diritto romano, dà ai giudici inglesi d'oggidì un carattere totalmente diverso da quello degli antichi scabini.

Digitized by Google

Questa è adunque la manifesta rassomiglianza pratica fra il Diritto consuetudinario, ed i veri fatti propriamente detti, i quali pur debbono esser addotti e provati; ma cotale affinità, non vuolsi confondere con una totale uguaglianza, sussistendo sempre le seguenti differenze pratiche di sommo momento (*i*). Il giudice, non può aver riguardo ad un fatto, che non sia stato addotto da alcuna delle parti, ma può e deve invece prendere in considerazione il Diritto consuetudinario, benchè, solamente per caso, ne sia venuto in cognizione. Il fatto dev' essere allegato in dati stadii del processo, ed essere provato secondo certe regole e forme di procedura; all' opposto il Diritto consuetudinario può, in qualunque stato di causa, influire sulla decisione, e quanto alla prova, ne è lasciato liberissimo campo al giudice. Sotto tale aspetto, il Diritto consuetudinario è, adunque, assolutamente simile alle leggi straniere, da cui dipendesse la decisione d'una causa; imperciocchè il giudice non ha obbligo di conoscerle, epperò, come dicemmo pel Jus consuetudinario, se ne richiede l'allegazione e la prova per parte d' uno de' contendenti, senza che per questo, vadano parificate totalmente ai fatti propriamente detti.

Perciò, quando la decisione d' una causa dipenda da un' Diritto consuetudinario, il giudice potrà, con piena libertà di criterio, valutare le circostanze per dedurne la certezza della esistenza. Talvolta, potrà desumere la sua convinzione da singoli casi, in cui sia ricorso l' uso d' una regola

(*i*) Puchta, *Diritto consuetudinario*, II, p. 169, 176, 187 e seg.

Digitized by Google

di Diritto; i quali casi di che natura debbano essere, abbiamo superiormente veduto. Tal' altra, invece, potrà procurarsene la conoscenza da persone, immediatamente versate nel Diritto consuetudinario, le quali voglionsi, in simil caso, considerare, non tanto come testimonii, quanto piuttosto quali periti, dacchè non vengono interrogate su' fatti materiali, caduti sotto i loro sensi (*k*). S' ingannerebbe, chi volesse considerare siffatto procedere, come una applicazione diretta della legge di Giustiniano, che ne parla (nota *d*); imperocchè Giustiniano, non dice che cosa il giudice debba fare per ritrarre l' esistenza di un Diritto consuetudinario, ma espone soltanto, come egli medesimo abbia adoperato in un dato caso per emanare una legge, che a quel Diritto fosse conforme. Sta, però, sempre che il giudice, seguendone l' esempio, entra nello spirito delle nostre leggi ed in questo senso, anche la Novella di Giustiniano può giustificare il suo contegno. — Ora dato, che la regola del Diritto consuetudinario addotta da una parte in una causa e dall' altra impugnata, fosse stata già in una precedente causa allegata e che lo stesso od altro giudice, dopo accurato esame, l' avesse riconosciuta per vera, è indubitato, che l' anteriore sentenza costituirebbe una grave autorità, un' attestazione uffiziale atta ad agevolare o perfino rendere superflua una nuova indagine, tanto più che

(*k*) Puchta, II, p. 125 e seg.; p. 135 e seg. Egli cita altresì precedenti scrittori, che approvano siffatto modo di procedere. — Vedi sopra la nota *c*.

Digitized by Google

l' impugnazione dell' avversario, avrebbe nella precedente causa più vivamente rivolta l' attenzione del magistrato, chiamato a giudicarne, ed è perciò che Ulpiano, a buon diritto, consiglia il giudice ad informarsi, prima d' ogni altra cosa, se il Diritto consuetudinario impugnato, sia da precedenti giudicati stato ammesso o respinto (*l*).

Non vuolsi, peraltro, trasandare come siffatto differente modo di trattare il Diritto consuetudinario, in confronto degli altri fonti di Diritto, non proceda già dall' essenza di tale specie di Jus, ma dalle inevitabili imperfezioni della nostra giurisprudenza, di cui non possiamo essere accagionati, ma che dobbiamo, per quanto il comportano le nostre forze, correggere. Conviene quindi, che tali deviazioni, che debbonsi per noi considerare come casi di necessità, siano, ne' confini possibilmente più ristretti, limitate. Ed anzi tutto, non è ciò applicabile alle consuetudini appartenenti al Diritto comune, dacchè queste, senza eccezione, vennero formate e riconosciute per mezzo della scienza, che loro servì di strumento, nè sono quindi improntate di quel carattere popolare, che è la base della qui esposta difficoltà. E perciò, se una parte, negandolo l' avversario, sostenga che il *nudum pactum* porga fondamento ad una

(*l*) L. 34, *de leg.* (I, 3) « Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, *an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit* ». Vedi Puchta, I, p. 96, II, p. 129 e seg. — Erroneamente vollero alcuni dedurne la *necessità* delle sentenze, per istabilire un Diritto consuetudinario (§ 29).

Digitized by Google

azione, o che le *leges restitutae* del Codice, al pari de' dettati di Diritto pubblico del Jus romano, non abbiano più alcun valore nella pratica, benchè siffatti principii appartengano indubbiamente al Diritto consuetudinario, non vi sarà giudice, che ne voglia la prova, ricercando i singoli casi, ne'quali siano stati messi in uso, o richiedendo l' attestazione di persone esperte. — L' applicazione di codesto modo eccezionale di procedere, si limiterà adunque al Diritto consuetudinario particolare, ma verrà anche per esso a cessare, allorquando nel modo, ch' abbiamo di sopra notato come desiderabile, sorgeranno raccolte, le quali, in generale, fissino il Diritto consuetudinario sussistente. Ove tali raccolte a nostri giorni si facessero, svanirebbe in tale proposito ogni dubbio; per ciò che per lo più sarebbero confermate dall' autorità legislativa.

Quanto agli *effetti* finalmente, il Diritto consuetudinario vuol essere in generale parificato alle leggi, essendo siffatta parità espressamente ordinata dal Jus romano, in ciò riconosciuto per norma. Però in ogni caso speciale, questo effetto del Diritto consuetudinario in duplice modo s' addimostra, secondo che la stessa controversia era regolata da una legge, o no. Se la legge taceva, spariva ogni difficoltà, essendo indubitato, che in tale punto il Diritto consuetudinario empieva il vuoto della legge. Nel primo caso, invece (cioè quando il Jus consuetudinario si trovava in conflitto con una legge), il principio della parità, conduceva a dare la preferenza al dettato più recente, senza distinguere se fosse legge, o Diritto consuetudinario. La

Digitized by Google

L. 2, *C. quae sit longa consuet.* promosse alcun dubbio in tale argomento; ma i più attribuirono al Diritto consuetudinario la forza di riformare le leggi anteriori, ed eccettuarono soltanto alcuni casi, in forza appunto di quel passo del Codice (*m*). — Però a' nostri tempi alcuni distinsero la semplice estinzione d' una legge per dissuetudine, dalla soppressione operatane da un Diritto consuetudinario, che vi sostituisca un' altra regola (*consuetudo obrogatoria*), e riconoscendo, senza alcun ostacolo, l' autorità della seconda, vollero rifiutata assolutamente la prima (*n*). — Tale distinzione, non ha però nemmeno un' apparenza di fondamento, nel surriferito passo del Codice; imperocchè a prenderlo nel senso letterale, esclude in pari tempo ambedue i casi; in fatti la consuetudine, che stabilisce una regola nuova, che accresce p. e. o diminuisce la pena statuita da una legge, *vince* la legge medesima allo stesso modo, che s' ella l' abrogasse, dichiarando impunito l' atto, prima soggetto a pena. L' accennata distinzione, non ritrae nemmeno alcun appoggio dall' essenza del Jus consuetudinario. Senza dubbio, il termine *desuetudo*, può indirettamente esprimere cosa, che non sia Diritto consuetudinario, cioè la mancanza di applicazione d' una legge per lungo

(*m*) Vedi l' Appendice, N. II.

(*n*) Schweizer, *de desuetudine*, Lipsia, 1801, intese a propugnare estesamente siffatta opinione, la quale è pure ammessa da Hübner, *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner*, p. 159. — I veri principii sono assai bene esposti da Puchta, *Diritto consuetudinario*, II, p. 199 e seg.

Digitized by Google

spazio di tempo, perchè non occorse il caso di porla in atto. Questo fatto negativo, non dà certo prova d'un convincimento giuridico, nè quindi serve di fondamento ad un Diritto consuetudinario, il quale può invece ammettersi soltanto, qualora siasi presentata l'occasione d'applicare la legge, e ciò non per tanto siasi ommesso di farlo; nel qual caso, non havvi alcuna ragione di attribuire a quella vera consuetudine del non applicare la legge, minor forza riformatrice che alla consuetudine, la quale alla legge sostituisse un'altra regola positiva. Si può anzi dire che anche la *desuetudo* sostituisce pur essa un'altra regola. Infatti, se per consuetudine, viene abolito il divieto di prendere gl'interessi degli interessi sui conti correnti de' trafficanti, abbiamo certamente innanzi tutto una *desuetudo*, ma questa ha in pari tempo l'effetto di far risorgere, in tali casi, la regola generale di Diritto, che dichiara valide tutte le stipulazioni d'interessi, non particolarmente vietate.

Diversa è la cosa, quando una consuetudine particolare sia in opposizione, o coll'interesse dello Stato, o con una legge generale assoluta; avvegnachè, in tal caso, vuolsi negarle ogni autorità, benchè fosse più recente della legge; principio che scaturisce, non solo da una sana interpretazione del citato passo del Codice, ma altresì dalla natura della relazione di una parte dello Stato collo Stato intiero (*o*). Così p. e. una nuova legge sull'usura dovrebb'essere generalmente applicata, nè alcuna consuetudine par-

(*o*) Vedi l'Appendice N. II.

Digitized by Google

ticolare, in qualunque tempo sorgesse, varrebbe ad impedirne l'applicazione.

§ 31.

Dettati de' Codici moderni sui fonti di Diritto.

Le opinioni di autori moderni, finora esposte, non poterono non avere qualche influenza sui Codici pur sorti a' giorni nostri, ed ora ci faremo ad esaminare, come, ammessi appunto questi Codici, vadano considerati i fonti di Diritto.

Il *Codice prussiano*, il più vecchio tra essi, abolisce innanzi tutto ogni Diritto comune anteriore, e si pianta come fonte esclusiva del Diritto; il che era totalmente coerente, mentre esso dovea contenere tutto quello, che di applicabile si fosse nel precedente Diritto rinvenuto (*a*). — Quanto all' avvenire, determina prima come le leggi debbono essere formate, ed il modo della promulgazione (*b*) e nemmeno questo era senza coerenza, dacchè quel Codice comprendeva molte parti del Diritto pubblico; però, vario tempo dopo, alcune di tali disposizioni furono trovate insufficienti, e sostituite da altre. — Il Jus consuetudinario generale, fino allora in vigore, era compreso nell'abolizione del Jus comune; quanto al Diritto consuetudinario particolare, esso dovea essere raccolto, e pubblicato nei Co-

(*a*) Patente promulgatoria § 1.

(*b*) Introduzione § 7-11.

Digitized by Google

dici provinciali, colle leggi provinciali, entro due anni, in quella parte, che fosse suscettiva d' applicazione. Ciò che in quei Codici non fosse stato inserito, dovea valere solo, quando il Codice generale rimettesse in alcun luogo alle consuetudini locali, o ne fosse integrato (*c*). Nulla è detto, quanto alla formazione futura d' un nuovo Diritto consuetudinario, ma, senza dubbio, anche questo non poteva avere autorità se, non nell'alternativa suddetta, cioè soltanto come Diritto particolare. — Finalmente, quanto al Diritto scientifico, il Codice prussiano così si esprime: « Nelle future decisioni, non si avrà alcun riguardo alle opinioni de' giureconsulti od a' precedenti dettati de' giudici (*d*). » Per dettati de' giudici, s' intendono qui indubbiamente le decisioni che abbiano accolta una massima di Diritto *(prejudicia)* e non la cosa giudicata, quantunque la parola ad ambedue si possa applicare. Il dire, che non vuolsi aver riguardo ai dettati dei giudici, nè alle opinioni de' giureconsulti, altro certo non significa, se non che, non si può loro attribuire forza obbligatoria, pari a quella delle leggi; imperocchè nessuna legge saprà mai impedire, ch' elle abbiano potere sulla persuasione del giudice futuro e che questi, anche senza accorgersene, v' abbia riguardo.

Il *Codice francese*, del pari coerente, non comprendendo, in genere, nulla di Diritto pubblico, non dà alcuna disposizione diretta su tale argomento, e pronunzia, in una

(*c*) Patente promulgatoria § 7. Introduzione § 3, 4.

(*d*) Introduzione § 6.

Digitized by Google

legge separata (*e*), l'abolizione del Diritto straniero, ancora in vigore, delle ordinanze regie, dei Diritti provinciali, o locali, nelle materie che sono oggetto del Codice. — Il Codice stesso non contiene se non la grave prescrizione indiretta, che nessun giudice possa rifiutare di proferir sentenza, sotto pretesto di silenzio, oscurità, o difetto della legge (*f*), per cui il giudice, in siffatti casi, viene ad avere la facoltà di trarsi, come meglio può, d'impaccio; contro l'abuso poi, che si potesse fare di tale Diritto, sta la Corte di cassazione; sicchè il complesso di queste disposizioni, forma un sistema coerentemente formato. Inoltre il Codice, per alcune materie di poco numero (servitù e locazioni), rimanda alle consuetudini ed ai regolamenti locali (*g*). Nulla dice della formazione avvenire del Diritto, ma senza dubbio intende, che nel futuro non possa più sorgere un Diritto consuetudinario generale, ed il particolare soltanto

(*e*) Legge del 21 marzo 1804 « à compter du jour où les lois, composant le Code civil sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et règlements, ont cessé d'avoir force de loi générale, ou particulière, dans les matières, qui font l'objet de ces lois. » *Coutumes générales, ou locales*, non significa già Diritto consuetudinario generale o particolare, ma Diritto provinciale o Diritto municipale (senza differenza se iscritto, o non scritto). Il Diritto consuetudinario, dicesi *usage*.

(*f*) *Code civil*, art. 4.

(*g*) *Code civil*, art. 645, 650, 663, 671, 674, 1736, 1754, 1758, 1777. — Gli art. 1135, 1159, 1160, non v'hanno se non un'attinenza apparente.

Digitized by Google

in que' pochi casi, in cui fin d'ora rimette alle consuetudini locali.

Il *Codice austriaco*, nella patente promulgatoria del 1811, abolisce il Diritto comune ed in ispecie anche le consuetudini, e, limitandosi al Diritto privato, non contiene nella parte sua dispositiva, alcun principio di legislazione. Alle consuetudini non si avrà riguardo se non nei casi, nei quali la legge si riporta alle medesime. Delle sentenze giudiziali è detto soltanto, ch'elle non hanno mai forza di legge, nè possono estendersi ad altri casi, o ad altre persone (*h*).

Tra tutte siffatte disposizioni, le meno importanti son quelle, che risguardano la legislazione, poichè appunto la parte, che n'è di maggior peso, dee, fuori del Codice, trovare il suo compimento; lo stesso dicasi del Jus consuetudinario, perchè questa specie di formazione del Diritto, quale noi la immaginiamo prettamente popolare ed affatto indipendente dal Diritto scientifico, di rado assai ne' tempi moderni s'incontra. Meritevole di maggiore considerazione è invece la relazione, nella quale in ognuno di que' Stati, è posto il Diritto particolare col generale, ma ciò non pertiene al nostro assunto. Quello che più importa si è la relazione de' Codici col Diritto scientifico, vale a dire da un canto, l'influsso permanente delle opere legali e della giurisprudenza pratica sull'amministrazione della giustizia, e dall'altro, il modo, col quale il nuovo Diritto avea ad essere

(*h*) Codice austriaco § 10 e 12.

Digitized by Google

da' giudici compreso e sviluppato; ma tale relazione non vuolsi considerare nella maniera, in cui fu ne' Codici espressamente fissata, giacchè questi, poco o nulla ne parlano, ma in quella con cui fu intesa, aspettata e preparata dal legislatore, e come in realtà s' andò formando. E qui riscontriamo una notevole differenza (§ 21). In Prussia, la riforma non procedette da alcun motivo politico, ma mirò unicamente allo scopo benefico di rimediare allo stato manchevole della legislazione, sostituendovene una migliore. Ma ivi il difetto maggiore stava nella condizione degli studii legali, ne' quali erano bensì dottrina e spirito investigatore, e quindi alcun che di buono, ma mancava affatto coerenza di principii ed inoltre la parte pratica della scienza era rimasta addietro in confronto del progresso de' tempi, ed avea perduto ogni considerazione. Appariva quindi proficuo, anzi necessario, troncarne ogni influenza sul Diritto, ed è per questo palese, che nella pubblicazione del nuovo Codice s' ebbero le stesse idee di Giustiniano (§ 26), salve le differenze procedenti dalle condizioni più indipendenti e più illuminate de' tempi moderni. Il legislatore non volle, adunque, nemmeno fare l' esperimento di sopprimere del tutto, come avea fatto Giustiniano, la scienza; ma intese che sulla base del nuovo Codice sorgesse piuttosto una scienza affatto nuova, e ne abbiam documento nella grande estensione che fu data alla nuova legge e nelle sue forme didattiche. Quanto al proscrivere la vecchia scienza, il fatto corrispose tosto all'aspettazione, e nella massima parte gli antichi studii furono abbandonati, ma invece per circa quarant'anni

Digitized by Google

non si vide sorgere una scienza novella, e solo da breve tempo si sviluppò un notevole movimento intellettuale che lascia luogo a nutrire le migliori speranze. — Senza porre a confronto le varie opinioni, ammesse ne' diversi Tribunali, mal si potrebbe dire se il vero scopo della legislazione, quello, cioè, di dominare in modo assoluto e completamente la pratica e renderla uniforme, sia stato raggiunto; ma ne mancarono a lungo i materiali scientifici. È però certo, che anche per raggiugnere siffatto scopo, abbiamo adesso un eccellente incominciamento (*i*).

Quasi tutto era diverso in Francia (§ 21). Ivi la riforma della legislazione non procedette da uno stato dannoso, o perfino intollerabile del Diritto, ma fu un frutto naturale della rivoluzione. Essa tendeva principalmente a distruggere le antiche istituzioni, far isparire in ispecie la distinzione delle provincie, e scopo precipuo del Codice era quello di abolire le differenze locali e fondare l' unità della Francia anche nel Diritto privato. Prima della rivoluzione, la parte dottrinale della scienza era in condizione molto inferiore a quella della Germania; mentre invece molto superiore alla alemanna, ne era la parte pratica. L' eloquenza del foro, la diffusione della coltura sociale della grande capitale, lo splendore e l' influsso de' Parlamenti, tutto concorreva a dare, alla classe de' giudici e degli avvocati ed all' opera loro, un carattere d' intelligenza e di

(*i*) Simon e Strampff, *Giudicati delle Corti di giustizia prussiane*; Berlino, 1828.

Digitized by Google

elevatezza ed a cattivar loro altresì altissima considerazione. Nel compilare il Codice, non si mirò a sopprimere la giurisprudenza, così sorta, ma s'intese piuttosto, che avesse a mantenersi illesa, e per questo appunto fu concesso di trattare sì brevemente i più importanti instituti di Diritto. L'evento riuscì conforme al proposito, mentre le opere legali moderne formano quasi a dire un addentellato di quelle che le precedettero, per modo da sembrare impossibile, che sia intervenuto fra loro un fatto sì grande, qual è la pubblicazione del Codice. Forse in nessuna parte della vita pubblica in Francia ha materia, che meno del Diritto civile sia stata smossa e mutata dalla Rivoluzione.

Anche in ciò si manifesta il differente spirito delle nazioni, coi vantaggi e co' difetti loro particolari. Sarà adunque dei governanti il ponderare i bisogni speciali di ciascun popolo e prendere, ad un tempo, in considerazione le forze, su cui specialmente possono far fondamento per riuscire a grandi cose. Nominatamente in Germania non sarebbe da consigliarsi l'abbandonare a sè medesimo lo svolgimento del Diritto, come avvenne nel Medio evo ed anche ne' tempi successivi, e dal quale, appunto, sorse la pratica moderna; e del pari non sarebbe, d'altro canto, sano avviso, l'assegnare il conseguimento di tale scopo alla suprema magistratura dello Stato, come, verbigrazia, i ministeri della giustizia, i quali ne trattassero nell'ordinaria loro gestione, come affari correnti, i quali, in qualsiasi modo, debbano andare spacciati; imperocchè tale scopo, come non può essere raggiunto dalla sola scienza, così non può esserlo

Digitized by Google

nemmeno dalla sola pratica e ad ottenere un effetto, richiedonsi ambedue congiunte e l'una nell'altra compenetrate. Negli Stati più grandi sarebbero opportune Commissioni legislative, composte di profondi giureconsulti e di pratici esperti, le quali fossero in continua relazione operosa co'Tribunali superiori, e da questi ritraessero i risultamenti della giurisprudenza. Con tale ordinamento avverrebbe con cognizione di causa, e quindi con certezza di buon successo, quanto ne'secoli addietro, fu fatto senza che fosse avvertito. Sotto altre forme, siffatta istituzione corrisponderebbe nella sua essenza a quel perfezionamento, che derivò al Diritto romano dalla revisione annuale dell'editto pretorio. Tali considerazioni voglionsi peraltro riferire al perfezionamento del Diritto, che avviene per la forza organica ad esso inerente, cioè, per intimo svolgimento (§ 7). Quella istituzione potrebbe porgere in modo opportuno e soddisfacente, ciò che altrimenti toccherebbe fare alla legislazione (§ 13). L'esempio di quegli Stati, in cui il diritto di legislazione viene esercitato da più poteri artifizialmente coordinati, quali sarebbero l'Inghilterra e la Francia, vale a provare che la suesposta divisione non fu ideata a capriccio, ma è fondata sull'esperienza, e in generale ammessa, benchè, forse, non sia chiaramente avvertita. In fatto, per quanto que' diversi poteri siano gelosi difensori della loro autorità legislativa, contro qualunque limitazione ci venisse imposta, la formazione intima e tacita del Diritto è però tanto superiore ad ogni eccezione, che la lasciano compiersi da sè, senza alcun ostacolo. Solamente, quando talvolta una

Digitized by Google

nuova disposizione di legge tocca particolari riguardi politici, essa ricade necessariamente sotto la rigorosa forma della legislazione, e ciò ancora più accade, quando il Diritto viene riformato in modo sì esteso e radicale, come fece il Codice di Napoleone.

CAPITOLO IV.

Interpretazione delle leggi.

§ 32.

Definizione dell' interpretazione. Divisione in legale e dottrinale

Finora abbiamo considerato il contenuto de' fonti di Diritto, come la regola del Diritto in sè stessa, cioè come cosa definita; ma perchè la regola passi nella vita reale è necessario, che anche noi facciamo di rendercela, in un modo determinato, nostra, il che può condurre a differenti applicazioni; perocchè i giureconsulti ne ricompongono la scienza in moltiplici forme, i giudici se ne servono per pronunziare le sentenze e darvi esecuzione, i cittadini per regolare, in un dato modo, le loro relazioni sociali. Sarebbe estraneo al nostro assunto, l'esporre le specialità di siffatta particolare applicazione, tutte però hanno per base un elemento comune, il modo di appropriarsi il contenuto de' fonti di Di-

Digitized by Google

ritto, e siffatto elemento comune, appunto, esporremo nel presente capitolo.

Ciò che per parte nostra conviene che si faccia, è un atto intellettuale, che, per quanto semplice talvolta sia, è però sempre un lavoro scientifico, principio e fondamento della scienza. Più sopra, ne parlammo come di principio concorrente alla generazione del Diritto; qui, all' incontro ci si presenta nel senso opposto, in quanto, cioè, s'appropria il Diritto, sorto senza il suo concorso, e se ne fa una precisa percezione.

Tale percezione del Diritto è possibile e necessaria, relativamente a tutte le specie di fonti; ma il lavoro è più semplice, allorchè si tratti del Jus consuetudinario, o del Jus scientifico, e benchè, sull'essenza di questi due modi di formazione del Diritto sussistano i gravi errori, di cui sopra abbiamo tenuto discorso, pure, allorchè questi siano avvertiti ed evitati, il lavoro scientifico non ha nemmeno uopo d' una guida minuta. Riguardo alle leggi, quest' opera intellettuale è spesso assai complicata, ed appunto per tal motivo il presente capitolo ebbe l' intitolazione speciale, *della interpretazione delle leggi.*

Cotesta libera operazione intellettuale può intendersi diretta a riconoscere la legge nella sua verità, cioè, come una regolare procedimento di idee ce la fa apparir vera. Siffatta operazione è necessaria ad ogni legge perchè trapassi nella vita reale, ed in questa sua necessità generale ne è riposta ad un tempo la legittimazione. — Nè vuolsi dire, come molti ammettono, ch' essa venga richiesta sol-

Digitized by Google

tanto dall' accidente dell' oscurità di una legge (§ 50), imperocchè è bensì vero, che l' essere la legge oscura dà una particolare importanza all' interpretazione e la rende ferace di conseguenze; ma siffatta condizione della legge è una imperfezione, e, per rimediare ad uno stato manchevole, conviene assolutamente muovere dallo studio dello stato regolare. — Così d' altro lato, quell' operazione intellettuale non viene meno per quanto oscura sia la legge (*a*): anzi è forza sostenere, che il giudice nominatamente, per la natura generale del suo uffizio, non debba mai dall' oscurità della legge lasciarsi trattenere dal farsi un dato criterio sul suo contenuto, e dal proferire, a seconda di questo, la propria sentenza. E per vero, anche i fatti possono in un processo essere estremamente dubbiosi, senza che il giudice, per questo, possa rifiutare di decidere, nè tra i due elementi della sentenza (la regola di Diritto ed i fatti) havvi in tale riguardo alcuna sostanzial differenza. Il dettato del Diritto francese, che vieta al giudice di ricusar di giudicare, sotto pretesto di silenzio, oscurità, o difetto della legge (*b*), corrisponde pienamente alla natura generale dell' ufficio di giudice.

In un caso, peraltro, è certo esclusa la libertà d' interpretazione, quando, cioè, il significato d' una legge è divenuto, esso medesimo, tema d' una nuova regola di Di-

(*a*) Solo più innanzi potremo mostrare la connessione di questa opinione colle prescrizioni del Diritto Giustinianeo. Vedi § 48.

(*b*) *Code civil*, art. 4.

Digitized by Google

ritto. Allorchè, adunque, il senso d'una legge anteriore è determinato da una nuova legge, od anche da un vero Diritto consuetudinario, l'interpretazione cessa d'esser libera e la nuova legge dev'essere intesa ed applicata nel senso prescritto, anche da coloro che fossero convinti della erroneità di tale interpretazione. Secondo ch'ella procede dalla legge o dal Diritto consuetudinario (*c*), i moderni la dicono *interpretazione autentica*, od *usuale*, comprendendole ambedue sotto il nome di interpretazione *legale*, che serve di contrapposto alla *dottrinale*, quella, cioè, che abbiamo testè mostrato essere un atto scientifico dell'intelligenza. -- Le idee, che servono di base a siffatti termini tecnici, non sono giuste, se non quando s'abbia di mira l'ultimo scopo, cioè il riconoscere il tenore d'una legge, giacchè in tal caso dicesi interpretazione qualunque mezzo, che giovi a tale scopo, e le divisioni suaccennate corrispondono appunto alla diversità dei mezzi. Considerando, invece, l'essenza del modo, con cui s'adopera l'interpretazione, conviene necessariamente muovere dalla idea, che superiormente ci siamo fatta della interpretazione, come di atto libero dell'intelligenza, perchè l'esistenza d'una legge qualsiasi, la rende generale e necessaria. In effetto, perchè una legge venga applicata nella vita reale, conviene che innanzi tutto, essa sia compresa

(*c*) Questo Diritto consuetudinario interpretativo avrà sempre ad un tempo la natura del Diritto scientifico (§ 14, 20); infatti non si può immaginare, se non in rarissimi casi, un convincimento generale del popolo, ch'abbia per oggetto il senso d'una legge determinata.

Digitized by Google

dall' intelligenza, nè può certamente risguardarsi come cosa normale, che vi tenga dietro, un' altra legge, la quale ne determini il significato; anzi quando pure le cose, così procedessero regolarmente, quell' azione libera dell' intelligenza, sarebbe pur sempre indispensabile, fino a che venisse promulgata la nuova legge. Considerata perciò l' interpretazione, nella sua intima natura, come atto libero dell' intelligenza, quell' interpretazione, che vien detta legale, non è suddivisione del genere, ma il contrapposto, l' esclusione, od il divieto della vera, o libera interpretazione. Siffatto ordine di idee trova poi un ulteriore appoggio nel far ispiccare chiaramente la relazione vera ed innegabile di regola ed eccezione. Per ciò noi, parlando d' interpretazione, intenderemo sempre esclusivamente quella che dicesi dottrinale. — Alcuni scrittori moderni capovolsero, in tale argomento, la relazione di regola e di eccezione, sostenendo ogni interpretazione essere, per indole propria, una specie di legislazione, nè poter essa cadere in balìa di semplici magistrature, o di privati, se non in forza d' una delegazione per parte del supremo potere (*d*); ma siffatto avviso si connette ad altri principii di scrittori pure moderni, secondo i quali l' interpretazione non è un' intelligenza pura e vera, ma bensì, nel fatto, una modificazione della legge stessa; di ciò parleremo meglio più avanti.

L' interpretazione è un' arte, che s' impara collo studio degli egregi modelli, che i tempi antichi e moderni in

(*d*) Zacharia, *Ermeneutica del Diritto*, Meissen, 1805, p. 161-165.

Digitized by Google

gran copia ci somministrano. D' assai più manchevole è quanto finora possediamo su questo argomento, in fatto di teorica, e benchè siffatta imperfezione sia accidentale, è però importante non illudersi sul valore d' ogni teorica in tale materia, fosse pur della migliore; imperocchè quest' arte, al pari d' ogni altra, non si può insegnare, nè apprendere semplicemente per via di regole. Tuttavolta col meditare sopra i buoni autori, si arriva a comprendere in che sia riposta la loro superiorità e con questo appunto si acuisce il nostro senso per ciò ch' è essenziale in ogni interpretazione ed impariamo a indirizzare i nostri sforzi ad una giusta meta. Tale addestramento, e l' indicazione delle false vie, che vogliansi evitare è ciò che in quest' arte, come in ogni altra, la teorica può dare.

E qui pure convien trattare l' importante questione: se i dettati del Diritto romano sull' interpretazione siano obbligatorii in que' paesi, ove il Jus romano ancora impera. Quanto al perfezionamento del Diritto, la questione medesima fu più sopra (§ 27) proposta e negativamente risoluta; qui non si tratta, se non del modo di percepire i fonti di Diritto e quindi ambedue le questioni, benchè analoghe, potrebbero avere una differente soluzione. A quest' ora sarebbe impossibile trattarne in modo compiuto, e perciò, riservandoci di farlo più innanzi, ci gioveremo preliminarmente dei dettati del Diritto romano in materia d' interpretazione, senza decidere, pel momento, se debbano valere come leggi obbligatorie, o semplicemente come grave autorità.

Digitized by Google

Il tema del presente capitolo si divide in due parti: l' interpretazione di ogni legge, separatamente considerata e l'interpretazione di tutti i fonti nel loro complesso. E siccome l' insieme de' fonti, domina assolutamente su tutto il Diritto, conviene ch' esso abbia il carattere d' unità ed universalità. L' unità richiede che sia tolta ogni contraddizione; l' universalità che sia riempiuto ogni vuoto.

§ 33.

A. *Interpretazione di leggi, prese ad una ad una. Regole fondamentali dell' interpretazione.*

Ogni legge è destinata a stabilire la natura d' un rapporto di Diritto, ad esprimere quindi un' idea (semplice o composta) con cui quel rapporto di Diritto sia premunito dall' errore e dall' arbitrio, ed a tale scopo conviene che la idea sia nettamente e compiutamente compresa da coloro, che hanno a far valere il rapporto di Diritto. Per ciò, essi devono collocarsi colla mente nel posto del legislatore e ripetere artifizialmente, in sè stessi, le sue operazioni, cioè ricomporre la legge col pensiero. Questa è l' opera della interpretazione, che noi possiamo quindi definire: la ricostruzione dell' idea, insita nella legge (*a*). Soltanto, per tal via

(*a*) Usiamo dell' espressione di *idea*, perchè ci sembra ch'essa esprima, nel modo più preciso, il contenuto intellettuale della legge. Altri si servono della parola *senso*, la quale non è meno giusta. Vuolsi invece evitare quella d'*intenzione*, perocchè ella potrebbe riferirsi anche ad uno sco-

Digitized by Google

è dato comprendere in modo sicuro e compiuto il contenuto della legge, e raggiugnerne lo scopo.

In questo senso l'interpretazione delle leggi non differisce dall'interpretazione di qualsiasi altro pensiero espresso colla parola (come nella filologia). Il suo carattere, affatto speciale, però si manifesta, allorchè la decomponiamo ne' suoi elementi, e sono il grammaticale, il logico, lo storico ed il sistematico.

L'elemento *grammaticale*, dell' interpretazione ha per oggetto la parola, ch' è il mezzo, pel quale ci vengono trasmessi i pensieri del legislatore, e quindi consiste nell' esposizione delle regole di filologia, dal legislatore, adoperate.

L'elemento *logico*, verte sulla costruzione del pensiero, cioè sulla relazione logica, in cui ne stanno fra loro le varie parti.

L'elemento *storico*, ha per oggetto il modo, col quale le regole di Diritto, stabilivano il rapporto di Diritto, di cui trattasi, al momento, in cui fu promulgata la legge. Questa non poteva non agire in qualche modo su quella condizione giuridica, e l' elemento storico addita appunto come agisse, e qual cangiamento ne fu recato.

L'elemento *sistematico*, per ultimo, si rapporta all' intimo legame, che strigne in una grande unità ogni instituto

po più lontano del legislatore, ma che immediatamente non s' attenga al contenuto della legge, ed al quale ei voglia però concorrere indirettamente. I Romani si servono alternativamente delle parole *mens* e *sententia*.

Digitized by Google

ed ogni regola di Diritto (§ 5). Ed avendo il legislatore, nell'emanare la legge, avuto presente tanto siffatto legame, quanto le condizioni precedenti del rapporto di Diritto, noi non potremo riconoscerne compiutamente il pensiero, se non col farci una chiara idea della relazione, in cui la nuova legge sta coll'intiero sistema del Diritto, e quale potere su di esso eserciti (*b*).

Lo studio di questi quattro elementi, ci dà compiuta l'intelligenza della legge. Non sono, adunque, quattro specie d'interpretazione, tra le quali si possa scegliere a talento, od a capriccio, ma bensì quattro operazioni distinte, la cui unione, è indispensabile, perchè la legge sia bene interpretata. È certo poi, ch'ora una ed ora l'altra è, a seconda de' casi, più importante e viene in risalto, sicchè è indispensabile soltanto averle tutte presenti, ed a tutte por mente, potendosi, in alcun caso, senza nuocere alla profondità dell'interpretazione, ommettere, come cosa inutile o pedantesca, il fare espresso cenno di ognuno di questi quattro elementi. Ma il buon successo di qualunque interpretazione, dipende da due condizioni, le quali in sè riassumono tutti e quattro gli elementi suddetti; conviene, in

(*b*) Anche l'elemento sistematico è una parte essenziale, integrante dell'interpretazione. Questo elemento, però, manca nei numerosi commenti sui codici giustinianei, ove si dovrebbe principalmente attenderselo. Infatti essi sono per lo più dissertazioni dogmatiche, e talvolta anche storiche, che traggono profitto dal testo commentato, per diffondersi sui principii di Diritto, in esso trattati.

Digitized by Google

primo luogo, riprodurre al vivo, entro di noi, quell' operazione intellettuale, onde procedette il pensiero della legge, di cui dobbiamo interpretare l' espressione; vuolsi, in secondo luogo, aver presente il complesso storico-dogmatico, che solo può sparger luce sulla legge particolare, in modo tale da poter iscorgere, a prima vista, la relazione, in cui sta col testo da interpretarsi. Riflettendo a tali condizioni verrà meno la nostra meraviglia per alcuni fatti, che potrebbono facilmente trarci a dubitare della rettitudine del nostro giudizio; quando, cioè, veggiamo autori dotti e celebrati cadere in errori, quasi incomprensibili, di interpretazione, mentre invece allievi intelligenti, cui proponiamo a spiegare il medesimo testo, colgono forse nel giusto segno. Ciò diciamo specialmente riguardo ai numerosi casi di Diritto, onde si compone una parte sì grande e sì istruttiva del Digesto.

L'interpretazione d'ogni legge tende a trarne la maggior istruzione effettiva che sia possibile, e perciò conviene che sia da un canto individuale e dall'altro ferace di risultamenti (*c*). Il frutto dell' interpretazione può in differente grado raggiugnersi, e la disparità del successo dipende ora dalla perizia dell' interprete, ed ora dalla perizia del legislatore,

(*c*) La parola *interpretazione (explicatio)* è particolarmente opportuna per esprimere questa idea; perchè con essa s' intende l' esposizione compiuta di quanto è rinchiuso nel testo. La parola *spiegazione* invece, accenna piuttosto, che furono tolte le oscurità (accidentali) del testo, e perciò ha un significato di troppo ristretto.

Digitized by Google

il quale, padrone dell'argomento, sappia improntare la legge di idee sicure. Quindi la buona legislazione e la buona interpretazione, a vicenda, operano l'una sull'altra, per modo, che la eminenza dell'una, sia condizione e garantia di quella dell'altra.

§ 34.

Ragione della legge.

Avendo l'interpretazione per iscopo di indurre in noi la chiara percezione del contenuto della legge, qualunque materia, che non sia parte di siffatto contenuto, per quanta affinità vi abbia, esce sempre, rigorosamente parlando, dai limiti di quello scopo. E qui ci si presenta, innanzi tutto, lo studio della ragione della legge (*ratio legis*). Questa parola ha un differente significato, secondo che la si riferisce al passato, od al futuro. Nel primo caso, è ragione della legge la regola superiore di Diritto, già sussistente, di cui la legge medesima è deduzione e conseguenza. Nel secondo caso, la ragione della legge è l'effetto, che la legge è destinata a produrre, sicchè in così fatto senso è anche detta *scopo* od *intendimento*. Caderebbe, però, in errore chi volesse credere che questi due significati fossero in opposizione assoluta fra loro; giacchè piuttosto deesi ammettere, che il legislatore gli abbia ambidue avuti presenti nel suo pensiero. Hanno tuttavia una differenza relativa, la quale consiste nell'essere, ora l'uno ed

Digitized by Google

ora l'altro, predominanti in date leggi, e qui appunto importa molto la distinzione, fatta più sopra, del Diritto normale e dell'anomalo (§ 16). Nel Diritto normale (*Jus commune*), il più delle volte prepondererà l'ascendente delle regole di Diritto già sussistenti, che vengono ad ottenere più compiuto svolgimento; e lo scopo ne è soltanto l'intendimento generale, che il Diritto sia con maggior precisione riconosciuto e più sicuramente applicato. Nel Diritto anomalo predomina, invece, il pensiero degli effetti, che voglionsi raggiugnere nell'avvenire; così p. e. nelle leggi contro l'usura, predomina la ragione della legge nel secondo senso, cioè; lo studio d'impedire, che venga indebitamente oppresso il debitore; e ragione della legge, nel primo significato, ne sarebbe soltanto il principio generale di provvedere, con una specie di sorveglianza tutoria, al caso, in cui affari di Diritto, ponessero in compromesso il bene di intiere classi.

La ragione della legge, si può conoscere con maggiore o minor certezza, la quale sarà somma, quando la ragione sia espressa nella legge medesima. Anche in tal caso, però, l'esposizione del motivo rimane separata dal contenuto della legge, che dà norma al Diritto, nè dev' esserne considerata, come parte integrante. Per l'opposto, per essere affatto ignota la ragione della legge, non ne deriva a questa, autorità minore, ed anzi la sua forza obbligatoria, non vien meno, neppur quando (come accenneremo più avanti) noi sapessimo, che la legge non ebbe alcuna vera ragione. — L'incertezza, in tale argomento,

Digitized by Google

sorge particolarmente, quando noi veggiamo varie ragioni della legge, di per sè sussistenti, nè sappiamo decidere quale abbia il predominio sulle altre, o come siano fra loro coordinate; e così del pari, anche quando siamo certi della ragione della legge, perchè, poni caso, indicata espressamente dal legislatore, possiamo tuttavia ondeggiare, nell'incertezza, perchè non siano state accennate le idee intermedie tra la ragione ed il contenuto della legge, le quali forse avrebbero potuto spiegarci e togliere quell' apparenza di contraddizione, che per tale ommissione ci si presentasse (*a*).

Così hannovi differenti gradi di relazione tra la ragione ed il contenuto della legge. Siffatta relazione, talvolta è quella semplicissima e puramente logica del principio colla conseguenza, ed allora la ragione della legge coincide col contenuto (*b*); talvolta, invece, è assai remo-

(*a*) Il senatoconsulto Macedoniano avea per iscopo di impedire, nell' interesse delle famiglie, gli affari usuratizii coi figli, che si trovavano ancora sotto la patria podestà. Ma essendo altrimenti impossibile di colpire sicuramente i casi, che s' aveano di mira, si diede molto maggior estensione al divieto, sicchè abbracciava anche casi affatto innocenti.

(*b*) La *L.* 13, § 1, *de pign. act.* (XIII, 7) determina il grado della colpa relativamente al contratto di pegno; tale disposizione è una mera conseguenza della regola di Diritto più generale, contenuta nella *L.* 5, § 2, *commodati* (XIII, 6). Lo stesso dicasi di altri contratti, ivi accennati, p. e. quello di deposito. S' avrebbe potuto supporre, che la medesima regola fosse applicabile anche alla tutela, nello stesso modo del deposito, perchè anche il tutore non ritrae alcun profitto dalla sua amministrazione; ma nella tutela, la relazione puramente logica è turbata dall' intervento

Digitized by Google

ta (*c*). Per distinguere i due casi estremi, useremo del termine di ragioni della legge *speciali* e *generali*: intendendo, però, che siffatte idee, non sono se non relative, e non essendovi confini rigorosi, che le separino, si confondono talvolta insensibilmente l'una nell'altra.

Della ragione della legge, si può valersi senza esitanza e trarne sommo profitto, allorchè si tratti di determinare la natura della regola di Diritto, contenuta nella legge, di vedere s'ella, cioè, sia assoluta, o suppletoria, se appartenga al *Jus commune*, od al *singulare* (§ 16).— Siffatto uso è, però, assai pericoloso, e perciò ammissibile, soltanto, con grande precauzione, allorchè si tratti d'interpretare la legge; in particolare poi, varia secondo che la ragione della legge, è, come dicemmo, più o men certa e nella legge intrinsecata. Le condizioni speciali di questo mezzo d'interpretazione, non possono trattarsi se non più innanzi.

Nelle ragioni della legge, come abbiamo veduto, hanno moltiplici divarii, secondo che quelle si riferiscono al passato od al futuro; secondo la loro certezza, l'affinità col contenuto della legge medesima, e la loro applicabilità; ma però tutte hanno altresì il carattere comune, di apparte-

d'altri motivi, sicchè avremmo il caso, già accennato, del concorso di più ragioni della legge, e qui precisamente queste varie ragioni sarebbero di tal natura, da venire fra loro in collisione,

(*c*) La regola di Diritto più generale sulla colpa (*L.* 5, § 2, *comm.*) si fonda sopra un principio di equità, che è variamente ammesso e circoscritto e le cui parziali applicazioni sono assai remote.

Digitized by Google

nere all' essenza stessa della legge, ossia, con altre parole, di avere una natura oggettiva relativamente al pensiero del legislatore; ed appunto per tale loro natura, ognuno può riconoscerle; sicchè è mero accidente, se talvolta, in casi speciali, esse rimangono ascose. Per ciò sono il contrapposto assoluto di que' fatti, che hanno col pensiero del legislatore una relazione puramente soggettiva; sicchè, il riconoscerli è veramente un caso; nella stessa guisa che il riconoscerli è cosa naturale, riguardo alla ragion della legge, e sarebbe invece soltanto un caso, se ciò non riuscisse. Tra questi, vanno annoverati quegli avvenimenti, che furono occasione della legge, ma che avrebbon potuto del pari provocare disposizioni affatto diverse (*d*), e così pure quelle cause, talvolta meramente individuali e passaggiere, che indussero il legislatore a statuire la regola generale e permanente (*e*). — Di simili fatti subbiettivi, noi non possiamo ammettere alcun uso, nemmeno l' uso limitato, che concedemmo riguardo alla ragione della legge. Si può farlo unicamente in modo negativo, a spiegar forse la mancanza di qualsiasi ragion vera della legge, nel qual caso ci preserviamo dall' ammetterne una che sia falsa (*f*).

(*d*) Così p. e. il delitto, che provocò il Senato-consulto Macedioniano. *L.* 1. *pr. de Sc. Maced.* (XIV, 6).

(*e*) Così la legge, pubblicata sotto Claudio II, che permette il matrimonio tra fratello e sorella, traeva la sua origine unicamente dal voler rendere possibile all' imperatore di sposare Agrippina, sorella di Germanico. Svetonio Claud. C. 26. Tacito, *Annali* XII, 5-7.

(*f*) D' ordinario siffatte considerazioni soggettive non vengono abba-

Digitized by Google

§ 35.

Interpretazione di leggi difettose. Specie di leggi difettose e mezzi di rimediarvi.

I principii, che abbiamo esposti sull' interpretazione (§ 33), bastano quando la legge sia in istato normale, quando l' espressione rappresenti un pensiero compiuto e nulla v' abbia, che c' impedisca di riconoscervi il vero contenuto della legge. Resta, però, ancora che esponghiamo i casi più ardui, ne' quali si tratti dell' interpretazione di leggi difettose, ed additiamo i mezzi, co' quali ci sia dato di superare tali difficoltà. I casi di leggi difettose, che si possono immaginare, sono i seguenti:

I. Espressione indeterminata, che non riproduce, quindi, in genere un pensiero compiuto.

II. Espressione impropria, per cui il pensiero direttamente indicato è diverso dal vero pensiero della legge.

Il bisogno di un rimedio, in questi due casi, procede per gradi. Rimediare al primo difetto, ove si presenti, è cosa altrettanto necessaria, quanto scevra da ogni pericolo; quanto al secondo, invece, ogni rimedio va soggetto a più

stanza separate dalla ragione della legge, al che contribuiscono le espressioni incerte di *motivo impellente, causa, intenzione* della legge. Hufeland nel suo *Spirito del Diritto romano*, p. I, Giessen 1813, p. 13, 19, fu meno inesatto degli altri.

Digitized by Google

gravi obbiezioni, e vuol essere almeno usato con ispeciale cautela.

Prima però di entrare ne' particolari, è necessario di esaminare anche i rimedii, cui nell' uno e nell' altro caso possiamo por mano.

Il primo rimedio consiste nello studio dell' intimo concatenamento della legislazione; il secondo nello studio della connessione della legge co' suoi motivi; il terzo nello stimare il valore intrinseco del risultamento ottenuto coll' inpretazione.

A. Studio dell'intimo legame della legislazione. Di questo mezzo il giureconsulto può servirsi in duplice modo per l' interpretazione di leggi difettose; spiegando, cioè, la parte manchevole d' una legge, con un' altra parte di essa, e questo è il mezzo più sicuro (*a*), oppure ricorrendo per tale scopo ad altre leggi (*b*); la quale interpretazione sarà tanto più certa, quanto più vicine siano le leggi, e quindi più che mai, allorchè emanino dal medesimo legislatore. Tuttavia le leggi, che adoperansi qual mezzo d' interpretazione, possono essere anche più vecchie di quelle che devono

(*a*) *L.* 24, *de legibus* (I, 3) « Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. »

(*b*) Questo modo d' interpretare una legge difettosa, colla scorta di un' altra, non deve confondersi colla conciliazione delle contraddizioni, che appartiene all' interpretazione de' fonti, considerati come un solo tutto. Di questa parleremo più innanzi (§ 42-45).

Digitized by Google

spiegare, giacchè non a torto si può ammettere, che l'autore della legge da interpretarsi, le abbia avute presenti, ed esse siano state, quindi, un compimento del suo pensiero (*c*). Tali leggi possono finalmente essere anche più recenti; ma siffatto caso, assai di rado interviene nella interpretazione pura. Infatti, per lo più, cotali nuove leggi saranno riforme della legge difettosa, od almeno porgeranno una interpretazione autentica (§ 32), la quale, come abbiamo veduto, non è vera interpretazione. L'adoperarla, qual mezzo di interpretazione pura, si fonda sulla supposizione che lo stesso modo di pensare del legislatore precedente, sia conservato anche nella legislazione successiva (*d*).

B. Anche la ragione della legge può porgere un sussidio per interpretare una legge manchevole, ma non però in modo così assoluto, come lo studio del legame della legislazione. Anzi l' uso ne dipenderà dal grado di cer-

(*c*) *L.* 26, 27, *de leg.* (I, 3). « Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt. »

(*d*) *L.* 28, *de leg.* (I, 3). « Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint. » Qui si tratta solo del caso di leggi riformatrici, che non ammettono d'essere usate allo scopo dell' interpretazione. Ma anche nel caso dell' interpretazione autentica è chiaro, che noi ammettiamo il senso della legge precedente, accennato nella posteriore, non perchè lo reputiamo vero, ma perchè è fissato dalla legge successiva.

Digitized by Google

tezza, colla quale il riconosciamo, e dal grado della sua affinità col contenuto della legge (§. 34). Qualora uno di questi vi si opponga, la ragione della legge, potrà tuttavia servire a rimuovere la prima specie di difetti (l' espressione indeterminata), ma molto meno la seconda (l'espressione impropria).

C. Il valore intrinseco del risultato è finalmente il più pericoloso fra tutti i mezzi di rimediare alle leggi difettose, per l' agevolezza, che offre al glossatore di oltrepassare i limiti del proprio officio, e di assumere la parte del legislatore. Vuolsi, quindi, usarne soltanto per correggere l' incertezza dell' espressione, cioè la prima specie di vizii, ma non per porre nella necessaria concordanza l' espressione adoperata nella legge col pensiero del legislatore.

Anche i rimedii lasciano scorgere una gradazione, al pari dei difetti della legge. Il primo può adoperarsi dappertutto senza esitanza, il secondo richiede maggior precauzione, il terzo finalmente non può ammettersi, se non ne' più ristretti confini.

§ 36.

Interpretazione di leggi difettose. Continuazione. (Espressione indeterminata).

L'incertezza della espressione, che rende impossibile di desumere un pensiero compiuto, può essere di due maniere,

Digitized by Google

sorgere, cioè, da una espressione incompiuta, o da una espressione ambigua.

L' espressione incompiuta della legge rassomiglia ad un discorso, che venga interrotto, onde manca qualche cosa a ciò che le parole esprimano un pensiero perfetto. Ne sarebbe un esempio quella legge, che per un dato affare richiedesse l' intervento di testimonii, senza poi prefiggerne il numero (*a*).

Assai più frequente e di molto maggior momento è il caso dell' ambiguità, il quale nuovamente si suddivide nell' ambiguità di una data espressione e nell' ambiguità della costruzione intiera.

L' espressione può indicare un oggetto singolare, servendosi di una qualificazione, ch' è propria, invece, di più oggetti, sebbene siffatta ambiguità, ricorra negli affari di Diritto più di frequente, che nelle leggi (*b*); ora può avere per oggetto una idea astratta e possono anche qui avvenire due casi: o, che l' espressione usata abbia più significati

(*a*) Così nella *Nov.* 107, C. 1. — Sarebbe lo stesso, se occorrendo di fissare una somma, non si espresse o il numero delle monete, o la loro specie. Questo caso (relativamente ad un testamento e non ad una legge) è citato nella *L.* 21, § 1, *qui test.* (XXVIII, 1).

(*b*) Eccone due esempi. *L.* 21, § 1, *qui test.* (XXVIII, 1). Viene dato in legato lo schiavo Sticone, nominato legatario Tizio, e vi sono più schiavi, o più persone di questo nome. *L.* 39, § 6, *de legat.* (XXX, *un.*) Un testatore lega il fondo Corneliano, avendone più con questo nome.

Digitized by Google

affatto diversi (*c*), o che abbia due significati, l'uno più ristretto, più esteso l'altro (*d*).

Anche una costruzione anfibologica può render dubbio il senso di una legge, e quantunque sia più frequente negli atti privati, che nelle leggi, ne troviamo però anche in queste alcun esempio (*e*).

Tutte queste moltiplici forme del difetto, ora esposto, per quanto siano differenti, hanno però tutte il carattere

(*c*) Così le espressioni *familia, puer, potestas* hanno significati assai differenti. *L.* 195, 204, 215, *de V. S.* (L, 16). — Nella *L.* 5, *C. fin. reg.* (III, 39), e nella *L.* 30, *C. de j. dot.* (V, 12) si riscontrano notevoli casi di siffatta ambiguità. Nella prima *praescriptio* può significare eccezione o precetto, e secondo altri prescrizione (nel senso di contrapposto dell'usucapione). Nella seconda le parole *si tamen extant* possono voler esprimere: se non furono distrutti, od anche se non furono alienati (extant *apud maritum*).

(*d*) Di tali duplici significati, l'uno più ristretto, l'altro più largo, abbiamo l'esempio nelle espressioni *cognatio, pignus, hipotheca, adoptio,* (*L.* 1, § 1, *de adopt.* I, 7), *familia,* (*L.* 195, *de V. S.*) (L, 16). — Così la convenzione *ne luminibus officiatur*, può riferirsi, tanto al solo stato attuale, quanto allo stato attuale ed al futuro ad un tempo. *L.* 23, *pr. de S. P. U.* (VIII, 2). — L'interpretazione suol dirsi *lata* o *stricta* a seconda che s'appiglia al senso più largo od al più ristretto, e *declarativa*, quando tende a togliere un' ambiguità. Thibaut, *Pandette,* § 48, 50, 53.

(*e*) La spiegazione della difficile L. 2, *de div. tem. praescr.* (XLIV, 3) dipende dal vedere, se le parole *mihi contra videtur,* con cui chiude, si riferiscano a tutto il passo, o soltanto ad una parte. — Si trovano esempi di costruzioni ambigue in affari di Diritto, in Mühlenbruch, I, § 59, not. 1.

Digitized by Google

comune di impedirci di ritrarre con sicurezza, dalla legge, che n' è affetta, qualsiasi pensiero compiuto. — Tale difetto può derivare, tanto da un pensiero oscuro, che avesse il legislatore medesimo, quanto dal non esser egli stato pienamente padrone della lingua, quanto altresì dal concorso di ambedue le cause. A chi interpreta la legge, è indifferente, quale sia l' origine del difetto, imperocchè, per esso, il bisogno di porvi rimedio è sempre ugualmente urgente e indispensabile, essendo la legge, in tale stato, inetta a stabilire una regola di Diritto. Così, anche il riconoscimento di tale bisogno è ugualmente indubitato, poichè procede da un' argomentazione logica. Ma siffatto riconoscimento s' arresta alla chiara percezione della natura del dubbio, e non ne comprende anche la soluzione. Questa vuolsi cercare altrove, e servono all' uopo le tre specie di spedienti, superiormente additati (§ 35), i quali tutti giovano all' intento, dovendosi badare al differente loro valore, solo per applicarne una specie* prima delle altre.

Per chiarire ciò v' ha indeterminato in una legge, converrà innanzi tutto attenersi allo studio del legame della legislazione, ed ove basti siffatto primo rimedio, ne rimarrà escluso qualunque altro, comecchè meno sicuro, e ad un tempo superfluo.

Non bastando, s' indagherà in secondo luogo la ragione della legge, e, se è possibile, precisamente quella ragione speciale, che ha un' affinità immediata col contenuto della legge (§ 35); fallendo pur questo mezzo potremo attenerci anche alla ragione più generica. Così, se in conte-

Digitized by Google

nuto d' una legge, non si fondi se non sull' *aequitas* in generale, il che deve sempre ammettersi, quanto al Diritto normale (§ 16) de' tempi moderni, si sceglierà tra due interpretazioni, ugualmente possibili, quella che sia suffragata dall' *aequitas* (*f*).

L' incertezza dell' espressione potrà finalmente togliersi,

(*f*) Tale è il senso della *L.* 8, *C. de jud.* (III, 1) dell' anno 314: « Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque (scriptae) quam stricti juris rationem »; vale a dire quando due spiegazioni di una legge ambigua, corrispondano l' una allo stretto Diritto, l' altra all' equità, si dovrà preferire quest' ultima (*praecipuam* esse rationem). Vi contraddice in apparenza la *L.* 1, *C. de leg.* (I, 14) dell' anno 316: « Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere ». La supposizione che la L. 8. esponga un Diritto più antico, e la L. 1, uno nuovo, sicchè questa deroghi a quella, è sommamente inverosimile, essendo ambedue state emanate sotto il governo di Costantino, coll' intervallo di soli due anni. Altri, per togliere la contraddizione, aggiungono nella L. 8, la parola *scriptae* (*aequitas* riconosciuta dalla legge), che trovasi bensì nelle antiche edizioni di Chevallon (Parigi, 1526, 8.°), e di Haloander, ma dev' essere esclusa per ragioni interne. Secondo Donello (I, 13), la L. 8 parla di una semplice limitazione, la L. 1, di una derogazione totale dello stretto Diritto per mezzo dell' *aequitas*; ma nulla v' ha ne' testi, che appoggi tale supposizione. — La contraddizione sarebbe tolta, oramai, quando si volesse riferire la L. 1. alla correzione dell' espressione per mezzo dello spirito della legge (§ 37), che il giudice non può fare in base alla semplice *aequitas*. Ma, a mio avviso, quel passo non s' applica all' interpretazione, ma sibbene allo sviluppo del Diritto (§ 47), e così sparisce qualunque contraddizione colla L. 8; l' espressione *de interpretatione*, non fa ostacolo.

Digitized by Google

allorchè si confronti l'intrinseco valore dei risultamenti, che si ottengono coll' uno e coll' altro modo d'interpretazione. Così avverrà, quando per una via si giunga ad una significazione nulla e senza scopo, e non così per un'altra (*g*); quando una spiegazione meglio dell' altra corrisponda allo scopo (*h*); o finalmente, quando una delle interpretazioni sia più mite o benefica (*i*).

(*g*) *L.* 19, *de leg.* (I, 3). » In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret... »

(*h*) *L.* 67, *de R. J.* (L, 17). « Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerundae aptior est ». Si trova un' applicazione di questa regola nella *L.* 3, *de constit.* (I, 4). « Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissima interpretari debemus ».

(*i*) *L.* 192, § 1, *de R. J.* (L, 17): « In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius ». *L.* 56, 168, *pr. eod.* — *L.* 18, *de leg.* (I, 3) « Benignius leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur ». Queste ultime parole possono significare: perchè questa è la volontà generale del legislatore; noi crediamo migliore l' altra spiegazione: in quanto ciò non contraddica al loro contenuto determinatamente espresso (per *quatenus*). — Applicazioni di questa regola sono: se la legge penale è ambigua, s' applica la pena più mite. (*L.* 42, *de poenis* XLVIII, 19); nei testamenti vuolsi coll' interpretazione favorire l' istituzione dell' erede, avversare la diseredazione (*L.* 19, *de lib. et posth.* XXVIII, 2). — Siffatte applicazioni mostrano, che questa regola ha un senso diverso da quella, che accorda la preferenza all' *aequitas* (nota *f*) con cui suolsi, a torto, identificarla.

Digitized by Google

§ 37.

Interpretazione di leggi difettose. Continuazione. (Espressione impropria).

Il secondo difetto d'una legge, consiste nell'improprietà dell'espressione, allorchè questa, cioè, esprime bensì direttamente un pensiero determinato ed applicabile, ma differente dal vero pensiero del legislatore. Quando si presenti siffatto intimo contrasto, fra gli elementi della legge, sorge la questione a quale dei due, debba darsi la preferenza. Non essendo l' espressione, se non un semplice mezzo, ed il pensiero costituendo invece lo scopo, si dovrà, senza esitanza, preferire il pensiero, e correggere l'espressione, sicchè vi corrisponda (*a*). La regola in massima, non soggiace ad alcuna difficoltà, ma non è così del pari, allorchè si voglia porla in atto, dipendendo tutto dall' essere provato ad evidenza il fatto, che qui si presuppone.

I casi di tal genere, sono molto meno varii di quelli dell' ambiguità, prodotta da un' espressione indeterminata (§ 36). La differenza, che in essi riscontrasi, procede unicamente dalla relazione logica, che corre tra l' espressione ed il pensiero, se, cioè, quella contenga più o meno di questo. Nel primo caso, l' espressione viene corretta per

(*a*) *L.* 17 *de leg.* (I, 3) « Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. » L. 6, § 1, de V. S. (L, 16), *L.* 13. § 2, *de excus.* (XXVII, 1), *L*, 19, *ad exib.* (X, 4).

Digitized by Google

mezzo dell'interpretazione *estensiva*, nel secondo per mezzo dell' interpretazione *restrittiva* (*b*), ed ambedue tendono unicamente a porre in armonia l'espressione col vero pensiero.

La correzione dell' espressione impropria, differisce ne' più importanti riguardi, da quella dell' espressione indeterminata. — Innanzi tutto n' è base la premessa, che v' abbia un pensiero determinato, in conflitto con una espressione difettosa.

E non potendo questo fatto essere riconosciuto per mezzo di una deduzione logica, come quando si tratta d' espressione indeterminata, ma soltanto per via di prove storiche, l' opera nostra è per ciò appunto più incerta, ed in pari tempo suscettiva di differenti gradi di sicurezza. Questa medesima difficoltà è poi ancora aumentata dall' essere noi privi del mezzo più prossimo e più naturale per riscontrare il pensiero, cioè, dell' espressione, essendo appunto l' espressione, quella di cui non ci fidiamo. — Inoltre la legge ambigua, per espressione indeterminata, richiede indispensabilmente il rimedio dell' arte, nulla altrimenti essendovi, che si possa considerare ed applicare come legge, mentre invece la legge ambigua, per espressione impropria, si regge da sè, contenendo, anche sotto quella veste, un pensiero chiaro ed applicabile. — Nell' un caso

(*b*) I moderni, servendosi di espressioni estranee al Diritto romano, la dicono *interpretatio extensiva, restrictiva,* e vi oppongono la *declarativa,* che non estende, nè restringe la legge, non riferendosi a leggi difettose di questo genere (§ 36, *d*).

Digitized by Google

finalmente, il riconoscere il difetto ed il porvi riparo, sono due cose affatto diverse e separate; nell' altro invece ambedue coincidono, imperocchè noi riconosciamo l'improprietà dell' espressione, col confrontarla col vero concetto, e quando questo ci è palese, è bello e trovato il rimedio.

Ci faremo ora a considerare ad uno ad uno i tre rimedii, superiormente esposti (§ 35), e vedremo come possano applicarsi, anche a correggere l'improprietà dell'espressione.

Anche qui, lo studio dell' intimo legame della legislazione è il mezzo più sicuro; ed il senato-consulto, che definiva più precisamente la *hereditatis petitio*, ce ne darà un esempio. Per esso, il possessore di buona fede, che avesse venduto oggetti del cumulo dell' eredità, dovea restituirne il prezzo, che avesse *conseguito* (pretia quae *pervenissent*). Benchè sotto questa espressione si comprendesse anche il caso, che di poi l' avesse perduto, pur avendolo conseguito; fu però dedotto dalle parole seguenti della stessa legge, che siffatto caso avesse a rimanerne escluso; l' espressione fu quindi ristretta a significare che avesse ad essere restituito non già ogni prezzo conseguito, ma quello che, conseguito, non fosse andato perduto (*c*). — Un altro esempio, ce ne porgono le leggi penali. Infatti, se una legge di cotale specie, dopo di aver fissata una particolar pena per un dato caso di un delitto, ne stabilisce una di generale pel delitto medesimo, si dovrà interpretare

(*c*) *L.* 20, § 6. *L.* 23, *de her. pet.* (V, 3).

Digitized by Google

restrittivamente la disposizione generale, eccettuandone il caso specificatamente designato (*d*).

Più importante, benchè da usarsi con cautela, è l'applicazione del secondo rimedio, che consiste nel riconoscere dalla ragione della legge il vero pensiero che asconde, e correggerne di conformità l'espressione. In questo riguardo è di particolare momento il distinguere la ragione generale della legge, dalle ragioni speciali (§ 34).

La ragione speciale può in fatto servire allo scopo di tale interpretazione, ed anzi vi si acconcia colla massima sicurezza, allorquando l'interpretazione letterale condurrebbe ad una contraddizione colla ragione della legge, indubbiamente riconosciuta. Quindi se, a modo d'esempio, un principio sia dettato per favorire certe persone, qualunque sua parziale applicazione, da cui ne derivasse loro invece un pregiudizio, sarebbe in contraddizione colla ragion della legge e dovrebb'essere impedita con una interpretazione restrittiva dell'espressione troppo generale, che vi avesse dato occasione (*e*); e perciò se un contratto, in cui sia intervenuta la frode, torni a prò dell'ingannato, dovrà aver vigore, benchè la lettera dell'editto dichiari invalidi in genere tutti i contratti di siffatta specie (*f*); e così una lite, agitata da un minorenne, senza l'intervento del curatore, non dovrà annullarsi, quand'egli l'abbia guadagnata (*g*); e

(*d*) *L.* 41, *de poenis* (XLVIII, 19.).

(*e*) *L.* 25, *de leg.* (I, 3). *L.* 6, *C. eod.* (I, 14).

(*f*) *L.* 7, § 7, *de pactis* (2. 14). *L.* 30. *C. de transact.* (II, 4).

(*g*) *L.* 2, *C. qui legit. pers.* (III, 6). *L.* 14, *C. de proc.* (II, 13).

Digitized by Google

sarà pur valida, anche se fu preterita l'autorità del pretore, quella convenzione in materia di alimenti, per cui la condizione del petente, assolutamente si faccia migliore (*h*).— Più frequenti, ed in pari tempo di più difficile soluzione sono que' casi, ne' quali non si tratti precisamente di togliere una contraddizione colla ragion della legge, ma si vogliano, soltanto, trovare i veri limiti dell' applicazione, affinchè non rimanga incompiuta, oppure trasmodi. A suffragio di cotesta specie di correzione, dobbiamo prima spiegare, in modo verosimile, la causa, da cui derivò l' improprietà della espressione; essendosi per esempio adoperata un'espressione concreta, perchè ne mancasse una corrispondente astratta, o perchè facesse meglio risaltare il pensiero. Solo per tal maniera è dato superare sicuramente il dubbio, se in realtà il pensiero, che risulta dalla nostra interpretazione, sia quello che veramente ebbe il legislatore, o se soltanto avesse dovuto esser tale, qualora il legislatore avesse coerentemente operato; imperocchè in quest' ultimo caso, noi non verremmo a correggere l' espressione, ma lo stesso pensiero, e tanto, mostreremo più avanti, non essere in facoltà di chi interpreta (§ 50). — Ci spiegheremo meglio con alcuni esempi. L' editto minacciava l' infamia, pel caso che una vedova si maritasse durante il lutto. Lo scopo era unicamente quello di prevenire ogni dubbio sulla paternità del figlio, che fosse per nascere, e siccome per esprimere la cosa, in un modo diretto e preciso, sa-

(*h*) *L.* 8, § 6, *de transact.* (II, 15).

Digitized by Google

rebbe occorsa una disposizione diffusa ed astratta, e sarebbe in pari tempo stato necessario decidere ardue questioni, come quelle sulla possibile durata della gravidanza, fu prescelto invece di designare senza più il tempo del lutto, con che si rendeva il dettato affatto perspicuo, provvedendosi ad un tempo alla massima parte de' casi, ed evitando quelle difficili questioni, col non toccare argomento, che vi appartenesse. Ora, presentandosi il caso, che la vedova avesse partorito un figlio poco dopo la morte del marito, per la qual cosa cessava assolutamente qualunque dubbio sui futuri figli, si permetteva il matrimonio, per una interpretazione restrittiva dell' editto e per l'opposto in que'casi, in cui non avea luogo alcun lutto, nè quindi ricorreva quel termine, il matrimonio rimanea nulladimeno proibito, interpretandosi estensivamente il medesimo editto (*i*). — L' *actio ad exibendum* spetta a chiunque v' abbia interesse *(cujus interest)* e verosimilmente così disponeva la lettera dell' editto. Quest' espressione comprendeva chiunque potesse aver vantaggio dal vedere una cosa; ma siccome lo scopo indubitato della disposizione, era quello di liberare lo esercizio di un diritto, dagli ostacoli che avrebbergli potuto opporre le condizioni accidentali, o di luogo, d' una cosa, l'interpretazione restrinse quell' espressione a significare quell' interesse, che si connette con un preteso diritto (*k*). — Le dodici tavole richiedevano due anni di possesso per l' usu-

(*i*) *L.* 1, *L.* 11, § 1, 2, 3, *de his qui not.* (III, 2).

(*k*) *L.* 19, *ad exibendum.* (X, 4).

Digitized by Google

capione di un *fundus*, uno solo per quella di tutte le altre cose. Si domanda ora, a quale di queste due categorie appartenessero le case; letteralmente non erano per fermo comprese sotto l'espressione di *fundus*, ma siccome l'usucapione abbracciava in genere ogni cosa, e tutte erano state divise in due grandi classi, era fuori di dubbio intendimento della legge di unire sotto una stessa disposizione, per la loro natura perfettamente uguale, tutte le cose immobili, ed essa usò dell'espressione concreta di *fundus*, solamente perchè ne mancava una corrispondente che fosse astratta. Perciò quella parola fu riferita estensivamente a tutte le cose immobili e quindi anche agli edifizii, nè pare che mai sorgesse controversia sulla giustezza dell'interpretazione (*l*). — In alcune leggi, però, che trattano di casi concreti, il legislatore soggiugne espressamente, ch'esse non devono essere risguardate come espressione di regole astratte, ed allora è espressamente esclusa siffatta specie di spiegazione estensiva (*m*). — A questa interpretazione estensiva appartiene altresì l'*argumentum a contrario*, per cui si ammette una espressione indiretta. Infatti la legge può assegnare ad una regola confini sì precisi da esprimere il pensiero, che al di là di essi debba valere la regola opposta. Così quando il pretore introduceva un'azione colla consueta formula: *intra annum judicium dabo*, veniva

(*l*) Cicerone, *Top.* § 4.

(*m*) Ne sono esempi la *L.* 10, *C. de revoc. don.* (VIII, 56) e *Nov.* 115, *C.* 3, *pr.*

Digitized by Google

in pari tempo a dire: *post annum non dabo*, e questo secondo significato è indubbiamente una interpretazione estensiva (*n*); e parimenti quando la *L. Julia de vi* stabiliva, che il pretore competente a giudicare di quel delitto, poteva delegare la sua giurisdizione *si proficiscatur*, significava *a contrario*, che, fuori di questo caso, non gli fosse permesso di farlo (*o*). Così pure ogni legge, che ammetta una eccezione, accenna all' esistenza d' una regola, senza della quale l' eccezione non avrebbe alcun senso, e quindi viene indirettamente ad esprimere anche la regola stessa: perciò appunto la *L. Julia de adulteriis*, privando le donne, condannate in via criminale, della abilità a far testimonianza in giudizio, riconosceva tale abilità in tutte le altre (*p*).

Ma se la ragione speciale della legge è un mezzo opportuno per riconoscere l' improprietà dell' espressione di una legge, e correggerla, non è così della ragione generale (p. e. dell' *aequitas*, su cui si fonda), imperocchè le deduzioni dalla ragione generale della legge, hanno il ca-

(*n*) *L.* 22 *de leg.* (I, 3) « Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat ». Donello (I, 14) applica con molta verosimiglianza, questo difficile passo ai casi della specie suaccennata, sicchè *praeteritum* e *futurum*, non voglionsi riferire al momento, in cui fu emanata la legge (non potendo questa disporre su azioni già consumate); ma ad un momento futuro, che qui sarebbe il termine dell' anno dopo introdotta l' azione. Prima che trascorra l' anno, l' azione è permessa (*in praeteritum indulget*), passato quel termine è adunque vietata (*in futurum vetat*).

(*o*) *L.* 1, *pr. de off. ejus cui mand.* (I, 21).

(*p*) *L.* 18, *de testibus* (XXII, 5).

Digitized by Google

rattere d' un perfezionamento del Diritto, affatto diverso dall' interpretazione, non domandandosi in tal caso in che consista il pensiero della legge, ma che cosa avrebbe questa dovuto contenere, se il legislatore ne avesse avuto una chiara idea. A ciò si aggiunga l'incertezza, che dee pur sempre rimanere, mentre per l' intervallo che separa la legge dalla sua ragione generale, si possono supporre molti motivi intermedi, che a quella ragione si oppongano, e da' quali il legislatore, benchè chiaramente percepisse l' intiero rapporto di Diritto, sia stato trattenuto dal dare alla legge la desiderata espressione (§ 54). E se i giureconsulti romani, non di rado adoperarono siffatto genere d' interpretazione, non dobbiamo perciò prenderli a modello, dacchè, come vedremo più innanzi, i Romani non distinguevano nettamente l' interpretazione, dalla formazione progressiva del Diritto (*q*). Esempio ne sarebbe la regola, che in ogni legge puramente proibitiva, si dovesse sempre intendere compresa la nullità dell' atto proibito (*r*). Ammettendo questa regola, come norma della nostra interpretazione, verremmo a porci in contraddizione coi principii finora esposti; imperocchè, appoggiandosi alla ragione generale della opportunità, ed efficacia, si darebbe una grande estensione all' espressione

(*q*) Ne troviamo esempi ne' passi seguenti: *L.* 40, *pr. de her. pet.* (V, 3), *L.* 2, § 1, 3, *ad Sc. Vell.* (XVI, 1), *L.* 1, § 6, *de aedil ed.* (XXI, 1), *L.* 15, *L.* 6, § 2, *de j. patr.* (XXXVII, 14), *L.* 2, *pr.* § 1. *de cust.* (§ 48, 3). — Vedi sotto il § 47 ed il § 50 in fine.

(*r*) *L.* 5, *C. de leg.* (I, 14),

Digitized by Google

del semplice divieto. Nel fatto poi, quella regola è una legge tutto positiva, e, combinata con altri passi dei testi, esprimenti un semplice divieto, viene a costituire una interpretazione autentica di que' passi medesimi, sicchè non può servire d'istruzione o di modello per la nostra interpretazione dottrinale.

Ammesso per tal modo l'uso della ragione speciale della legge per rettificare l'espressione impropria, ed escluso quello della ragion generale, conviene ricordare, che tra siffatte due specie della ragione della legge, non v'hanno precise linee di confine (§ 34), sicchè per l'insensibile trapasso dell'una all'altra, è di sovente dubbioso il giudizio sulla possibilità d'una vera interpretazione, e difficile distinguer questa dalla formazione del Diritto.

Non havvi invece punto di dubbio, che a riconoscere e correggere l'espressione impropria, non si possa in nessun caso valersi del terzo, fra' rimedii accennati, quello, cioè, dell'apprezzamento dell'intimo valore del risultato (§ 35). In fatti è palese, che per esso non si metterebbe in armonia l'espressione col pensiero, ma si cercherebbe di correggere il pensiero medesimo, il che, se può giovare alla formazione del Diritto, non avrebbe però d'interpretazione altro che il nome.

Digitized by Google

§ 38.

Interpretazione delle leggi di Giustiniano.
(Critica.)

Passeremo ora ad applicare questi principii generali dell' interpretazione, alle leggi di Giustiniano, le quali in ciò presentano nuove difficoltà, e richieggono l' uso di nuove regole. E qui, supponendo nei lettori una perfetta conoscenza della storia di questa legislazione, parleremo soltanto dell' applicazione di essa all' interpretazione (*a*).

Il grande periodo di tempo, che intercedette dal momento, in cui sorsero le leggi da interpretarsi fino a noi, pone qui l' interpretatore in una condizione tuttò particolare, che dà allo studio del Diritto romano un carattere eminentemente scientifico. Infatti, essendo privi di tutti i vantaggi di quella chiarezza di vedute e di quella certezza immediata, che ci può porgere la convivenza per mezzo al popolo, in cui sorse il Diritto, dobbiamo supplirvi, per quanto sia possibile, coll' acume della mente; e perciò l' interpretazione non tende unicamente a farci rinvenire regole di Diritto sicure; per essa, noi dobbiamo inoltre cercare di renderci per tal modo padroni dello spirito ori-

(*a*) A bello studio ci asteniamo, quindi, dal dire come sorgessero i fonti di Diritto giustinianei, e dal parlare delle varie loro parti integranti, della loro lingua, dei nostri mezzi d' interpretazione, de' manoscritti e delle edizioni del testo.

Digitized by Google

ginale de' fonti di Diritto, che divengano per noi un Diritto vivente. Il quale assunto, per quanto sia arduo, è però agevolato dall' alto merito dottrinale delle parti più importanti di que' fonti.

La base d' ogni interpretazione è un testo da interpretarsi, e lo stabilire siffatto testo, dicesi *critica*, la quale precéde adunque necessariamente l' interpretazione; il che vuolsi riferire però soltanto alla critica, considerata nel suo complesso, non già in ogni parziale applicazione, imperocchè nei particolari spesso non può procedere se non di pari passo coll' interpretazione, ed in comunanza con essa. — V' hanno due gradazioni di critica, la *diplomatica* (o bassa) e l' *alta* critica; è oggetto della prima il porgere materiale sicuro e compiuto, del quale l' alta critica si giova per istabilire il vero testo.

L' uffizio della critica è per sè stesso altrettanto generale, quanto quello dell' interpretazione, nè minimamente si limita al Diritto romano; ma avendo, in questo Diritto, maggiore importanza ed offrendo maggiori difficoltà di quello che rispetto alle altre legislazioni, abbiamo preferito di riserbarcene a questo momento la trattazione, affine di poterlo esporre compiutamente nel suo complesso, evitando tediose ripetizioni.

Esamineremo, innanzi tutto, il caso più semplice della critica, quando, cioè, il legislatore ci dà direttamente il testo della legge in una forma, a cui vuole sia prestata piena e pubblica fede. In questo caso, reso non solo possibile, ma anzi consuetissimo, dopo l' invenzione della stam-

Digitized by Google

pa, cessa da sè la critica diplomatica, e parrebbe doversi altresì escludere l'alta critica, che volesse provare un errore tipografico, come che in opposizione alla volontà del legislatore. Ma abbiamo mostrato più sopra (§ 37), potersi coll'interpretazione, correggere anche l'espressione effettiva della legge, colla scorta del pensiero di essa, pel principio, che lo spirito ha la preminenza sulla lettera. Ma a paragone dell'espressione effettiva, il testo stampato non può risguardarsi, se non come la lettera della lettera, ond'ha ancora minor valore di questa, nè può pretendere di andar esente da correzioni. Questo caso per altro non avverrà se non assai di rado, e quindi è di lieve importanza per la teorica generale della critica (*b*).

Così non vanno le cose, relativamente ai fonti del Di-

(*b*) Eccone un notevole esempio di tempi moderni. Il decreto del re di Vestfalia del 18 gennaio 1813, art. 3, poneva a carico dal decimante di un bene la decima parte dell'imposta fondiaria, allorchè conseguisce « la decima parte della *rendita netta* », e fuori di questo caso, più o meno di un decimo, in date proporzioni. (Bollettino, N. 3 del 1813, p. 45). In un fascicolo posteriore dello stesso Bollettino delle leggi si vede: « Bollettino N. 3... *della rendita netta,* si legga: della *rendita brutta* ». Questa rettificazione, inserita contemporaneamente nel *Monitore* del 3 febbraio, era però senza sottoscrizione, od altra autenticazione, e per di più stava in diretta contraddizione col documento originale scritto. Le conseguenze pratiche delle varie lezioni sono differentissime, e si domandò quale dovesse avere la preferenza. Secondo la prima lezione, la legge era in armonia col sistema generale delle imposte, ma di esecuzione difficile; secondo l'altra, le cose erano inverse.

Digitized by Google

ritto giustinianeo, essendo da ognuno ammesso, che non possediamo alcun testo, promulgato direttamente dal legislatore. Se in Bologna gli studii critici de' glossatori, avessero dato un risultamento definitivo, l' accettazione della loro Vulgata, potrebbe far le veci di testo ufficiale, senza però escludere, come dicemmo, il servigio dell'alta critica, ma una Vulgata definitiva, in questo senso, non vi fu mai, e perciò ne era impossibile l'accettazione (§ 17). Non abbiamo adunque, se non un numero notevole di manoscritti, assai differenti fra loro per data e per valore; e perfino la concordanza di tutti in una lezione, non potrebbe parificarsi alla promulgazione del legislatore, se non per una specie di finzione; imperocchè non vale ad indurre la certezza, che quel testo sia indubbiamente l' originario, ma soltanto lo rende assai verosimile. Alcuni scrittori moderni, temendo che la pratica non andasse priva d' ogni sicurezza, ove si lasciasse libero campo alla critica, in parte la rigettarono del tutto, ed in parte la ridussero arbitrariamente a ristrette dimensioni (*c*).

Siffatta precauzione, con cui vorrebbesi conservare un testo dato, contro il pericolo di arbitrarie alterazioni, non è se non un vano sforzo, perocchè il testo dato, che vo-

(*c*) Thibaut escluse intieramente l' uso pratico della critica (*Versuche*, vol. I, num. 16), ma più tardi abbandonò quest' opinione (*Logische Auslegung*, § 44). — Feuerbach non ammette, se non la libera critica congetturale, quando il testo non abbia alcun senso, o contenga contraddizioni (*Civilistische Versuche*, p. I, n. 3). E così Glück I, § 35, num. 5.

Digitized by Google

gliono conservare intatto, punto non sussiste, ed ove si badi a quello, ch' essi considerano per tale, tosto si scorge com' eglino abbiano idee confuse e fra di loro divergenti. La Vulgata, o recensione bolognese, avrebbe potuto farne le veci, ma non fu effettuata. La concordanza di tutti i manoscritti, benchè non autorizzi ad escludere la critica, porge un dato preciso; ma ciò non è, quello ch' essi intendono. In fatti, da un canto, nei casi controversi, non si principiò mai nè meno a notare quella concordanza; e d'altro canto la lotta contro la critica poggiava principalmente sul timore, che le opinioni invalse ne' Tribunali non potessero resistere ad un più profondo esame; nel che riusciva in ispecie pericoloso il confronto de' manoscritti.

Rinunziando a queste disposizioni del testo dato (che pur dovrebb' essere intangibile), altro non rimane se non appigliarsi a quel testo, che serve più comunemente, che è contenuto nelle edizioni più diffuse, come potrebbon' essere le edizioni di Gotofredo (*d*). Ma una definizione così vaga ed arbitrariamente ammessa, non può pretendere ad una grave considerazione.

(*d*) La più parte degli avversarii della critica sono di quest' opinione, senza rendersene conto od esprimerlo precisamente. In mezzo a molta confusione, la si trova però chiaramente espressa nell' *Handbuch des Pandectenrechts*, p. I, p. 204 di Dabelow (Halle 1816). Quest' autore, però, non ne fa invece alcun uso, ed accorda alla critica grandi libertà.

Digitized by Google

§ 39.

Interpretazione delle leggi di Giustiniano. (Critica.) Continuazione.

Stabilita con tali argomenti la legittimità della critica, conviene poi indicare le regole, colle quali ella vuol essere adoperata. — La critica diplomatica deve prima raccogliere il materiale manoscritto e darvi un ordine esteriore, distribuendo i manoscritti, secondo la data e secondo il merito; e poscia mantenere l'integrità del testo ricevuto, sceverandone ogni parte eterogenea (§ 17), che vi si potesse facilmente reputare per isbaglio annessa, stando all'ordinamento della maggior parte delle edizioni moderne (*a*). — L'assunto dell'alta critica si divide in due parti: porre in opera i materiali manoscritti, preparati dalla critica diplomatica, e correggerli. Nel primo rispetto, ella deve adunque, innanzi tutto, formare un testo, scegliendo liberamente fra'

(*a*) Ancora più dannoso dell'erronea applicazione dei testi non glossati ma autentici, è certamente il considerare come parti integranti del Diritto romano, i diversi sommarii composti dopo il decimoquarto secolo ed inseriti più tardi nelle edizioni. Siffatto errore, non è difficile a spiegarsi; perocchè mentre le glosse e le altre annotazioni stanno sempre nel margine delle edizioni, i sommarii sono invece collocati permezzo al testo, come intitolazioni, e quindi possono essere dai meno esperti facilmente presi per testo. Vedi Savigny, *Beruf unsrer Zeit*, p. 62 e *Storia del Diritto romano nel Medio evo*, vol. VI, p. 162.

Digitized by Google

manoscritti, nel che non potrà ommettere di aver riguardo a quella verisimiglianza, che sorge per una lezione dal numero e dal valore de' manoscritti, rimanendo però tuttavia libera nella sua scelta, senz' essere forzata ad attenersi ad una data classe di manoscritti (p. e. alla Vulgata); tale indipendenza della critica fu sempre universalmente riconosciuta, anche in applicazioni di sommo momento, perfino da coloro, che in teorica avversano risolutamente l'uso di essa. Havvi infatto nel Digesto un numero grande di passi, ne' quali il testo fiorentino non offre alcun senso, pe' vuoti incorsivi, mentre altri manoscritti ne presentano un testo compiuto di indubbia autenticità; e così v' hanno pure altri passi, in cui le cose procedono in senso inverso (*b*). — E però noi non conosciamo neppure un solo scrittore, che vada tant' oltre nella severità critica, da escludere siffatte due specie di rettificazioni, benchè l' opinione, che attribuisce esclusivo impero al testo di Bologna, abbia, tra tutte le restrizioni arbitrarie, che già accennammo, la maggiore storica probabilità. Nelle nostre edizioni di uso comune, non iscorgiamo il bisogno di quelle rettificazioni, poichè vi furono dappertutto inserite; il che addita, a chiare note, che in nessun tempo dominò, quanto

(*b*) Savigny, *Storia del Diritto romano nel Medio evo,* vol. III, § 167, e 171. (Vol. II, p. III dell' edizione italiana di Firenze). Si potrebbe dire che i compimenti, qui citati dal Fiorentino, facevano già parte integrante della Vulgata, ma i giureconsulti di Bologna ci lasciarono da fare non poche correzioni, del tutto simili, che furono eseguite più tardi, in base alle fiorentine, e contro le quali non fu mai mossa alcuna eccezione.

Digitized by Google

all' accettazione di un dato testo, una opinione generale, pari a quella che si formò in tanti e sì importanti dettati pratici di Diritto (§ 20). — Alla prima parte dell' assunto dell' alta critica, appartiene finalmente anche l' interpunzione, colla quale si determina lo spezzamento logico di un passo, e che, quantunque nella forma coincida coll' opera del critico, potrebbe, per l' intima sua natura, essere risguardata come interpretazione. È singolare che taluno abbia voluto considerare, come una specie di emenda anche il cangiamento dell' ordinaria interpunzione (*c*), non considerando, che il concetto d' una interpunzione *ordinaria* è affatto privo di senso e vano, come quello d' un testo ordinario. Infatti i manoscritti poco più ci danno, che una serie non interrotta di lettere, ed a noi spetta spezzarle in tante parole, e ridurre queste in periodi, nè si può avere alcun riguardo alle tenui ed incerte prove d' interpunzione, che ci si presentano in alcuni manoscritti.

Ora non ci rimane se non di considerare la seconda parte dell' assunto dell' alta critica, vale a dire, la correzione del testo manoscritto, ossia l' emendazione per via di congetture (*d*). Questa critica conghietturale fu appunto

(*c*) Feuerbach, *loc. cit.*, p. 93.

(*d*) L' emendazione è cosa tutta relativa, e si riferisce sempre ad un testo qualunque, che dev' essere corretto. Sarebbe quindi tale anche la semplice rettificazione degli errori di stampa, ma ordinariamente riservasi quest' espressione per le correzioni di carattere scientifico, cioè per quelle, che hanno per oggetto determinati manoscritti, od edizioni pubblicate, in base a manoscritti.

Digitized by Google

quella, che sollevò tante guerre in genere contro l'applicazione della critica al testo de' fonti. Non vuolsi, però, negare che dal secolo decimosesto in poi, alcuni autori, specialmente francesi ed olandesi, ne usarono in modo arbitrario ed anche inconsiderato. Noi non intendiamo punto di propugnare siffatto abuso, ma perciò non possiamo nè abbandonare, nè lasciar restringere con arbitrarie limitazioni (*e*), l'importante, anzi indispensabile, diritto della critica congetturale, nel giusto suo uso.

Ambi gli officii dell'alta critica, che abbiamo finora esposti, di scegliere, cioè, fra' varii testi manoscritti e di correggerli, hanno una manifesta affinità colle due specie d'interpretazione di leggi difettose per espressione indeterminata, ed impropria (§§ 35-37). Indagando, anche in tal caso, i mezzi per riconoscere il vero testo da ammettersi, veggiamo il mezzo primo e più importante, essere l'esame dell'intima necessità, risultante dall'intimo legame del testo medesimo, la quale non vuolsi ammettere secondo principii generali, ma secondo il carattere dottrinale, proprio del passo, cui la critica si riferisce, o di quella classe di passi, cui appartiene. Perciò in tal genere di critica, poco possono giovare le regole, e tutto dipende dal saggio discernimento acquistato con un continuo studio de' fonti e da un istinto di verità guardingo e diffidente di sè medesimo. — Altro

(*e*) Di tali limitazioni inammissibili, sarebbe quella di non far luogo alle congetture, se non come ultimo rimedio, quando il testo non presenti alcun senso, o quando vi sia contraddizione nella legislazione; vedi sopra § 38, nota *c*.

Digitized by Google

mezzo simile consiste nel confronto dei passi dubbi con altri passi certi, ma la correzione non ne ritrae sicurezza, se non a proporzione della più prossima affinità che corre tra i testi da confrontarsi. — Siffatta correzione può essere altresì convalidata, almeno esternamente, quando ci riesca di spiegare in modo verisimile, come per opera degli amanuensi, sia dal vero testo risultato, quello che noi reputiamo erroneo. Al quale scopo, giova in primo luogo l'analogia. Si danno infatti di certi errori, che ricorrono con molta frequenza e sempre in modo uniforme; sicchè l'ammettere, che in un dato caso sussistano, ha molto appoggio di verisimiglianza; tali sarebbero il confondere l' una coll'altra, alcuna lettera, l' ommetterne altre, ogni qual volta siano da una data lettera precedute, nel qual caso vogliamo restituire la lettera ommessa (geminazione), e finalmente l' ommettere o sconvolgere intiere righe, nel manoscritto che sta innanzi al copista, il che per altro non deesi supporre, senza grande esitanza. — A spiegare verisimilmente come sia derivato il testo erroneo, può servire, in secondo luogo, il fatto, che tra varie lezioni una sia più difficile delle altre ad intendersi, sicchè gli amanuensi possono aver rifiutato il vero testo, solo perchè non l'intentendevano. — Converrà, finalmente, badare anche se al tempo, in cui si fecero le copie, il Diritto non si fosse cangiato, sicchè l'amanuense abbia egli medesimo corretto, a suo avviso, le copie, introducendovi il nuovo Diritto (*f*).—

(*f*) Ne sarebbe un esempio il § 4 *J. de nupt.* (I, 10): « Duorum

Digitized by Google

Vuolsi invece rifiutare quella spiegazione dell' errore, che si fondasse sulla supposizione, che nel manoscritto primitivo vi fossero sigle, le quali siano state da' copisti erroneamente tradotte, imperocchè, avendo Giustiniano vietato assolutamente l' uso di sigle nelle copie delle sue leggi (*g*), non possono essercene introdotte, se non poche per isvista, le quali non valgono ad indurre la verisimiglianza, che siano incorse anche in altri casi.

§ 40.

Interpretazione delle leggi di Giustiniano. Continuazione. (Singole leggi prese isolatamente.)

Quanto all' interpretazione, le regole proprie della legislazione giustinianea, non ne concernono se non le due parti più grandi e più importanti, cioè, il Digesto ed il

autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi *non* possunt. » Molti manoscritti hanno l' avverbio *non*, che manca invece in molti altri. L' esclusione, per sè indubbia, di quel *non*, è suffragata dal fatto, che quando furono estese quelle copie, ogni amanuense per fermo sapeva essere proibito (dal Diritto canonico) il matrimonio fra primi cugini. Siffatti casi, son però rari. Parrebbe invece più prossimo e più proficuo il giovarsi allo scopo dell' emendazione, della storia del Diritto prima di Giustiniano, ma mostreremo più innanzi come appunto siffatto uso sia il più delle volte inammissibile.

(*g*) Const. *Omnem*, § 8. L. 1, § 13, C. *de vet. j. enucl.* (I, 17). L. 2, § 22 *eod.* Const. *Cordi*, § 5.

Digitized by Google

Codice. Ognuna di queste due raccolte forma un grande complesso, composto di una quantità di parti istoricamente differenti e per tali riconoscibili, ed ora mostreremo come debbano interpretarsi queste varie parti, prese isolatamente, oppure in relazione al tutto, cui appartengono.

Per interpretare un passo, separatamente considerato, vuolsi primieramente ricorrere a tutti i suoi caratteri storici, cioè, a tutto ciò che le intitolazioni o le sottoscrizioni valgono ad indicarci sulla data, sull' autore, sulla causa, ond' ebbero origine, e su quel complesso, totalmente differente, cui possono forse prima avere appartenuto (*a*). A tale scopo abbiamo il più ricco materiale nel confronto con tutti gli altri testi della legislazione giustinianea non solo, ma altresì con tutti i fonti di Diritto anteriori e consecutivi, imperocchè i limiti, superiormente assegnati al testo ricevuto (§ 17), non c' impediscono in alcun modo di fare un uso scientifico di quel prezioso tesoro.

In tale riguardo, vuolsi inoltre considerare il grande divario, che intercede tra le varie parti di quella legislazione, le quali si possono dividere in due classi. La prima e

(*a*) Ciò valga principalmente pel Digesto, composto tutto di parti che in origine appartenevano ad opere scientifiche. Lo stesso dicasi di que' passi del Codice, che prima formavano parte d' una medesima costituzione (*coassatio*). Questo caso s' incontra più di frequente nel Codice Teodosiano, non essendo però straniero nemmeno a quello di Giustiniano. Può esserne esempio la L. 5 *C. de act. emti* (IV, 49) connessa colla L. 3 *C. in quib. causis* (II, 41).

Digitized by Google

più numerosa abbraccia tutto il Digesto ed i rescritti contenuti nel Codice, i quali costituiscono, per la loro principale destinazione, documento del Diritto allora sussistente, sono in tale senso improntati d' un carattere scientifico, e somministrano in maggior copia l'elemento sistematico dell'interpretazione (§ 33). Ma qui conviene avvertire ad un doppio abbaglio, che potrebbe sorgere dall' ammissione di siffatto carattere. Ed infatti, in primo luogo, i rescritti, lungi dal mantenersi rigorosamente entro cotesti confini, modificarono anche in notevole estensione il Diritto (§ 24); il che, quantunque in più tenue misura, riscontriamo anche ne' lavori scientifici degli antichi giureconsulti (§ 14, 19), come più perspicuamente vedremo nel definire il modo della loro interpretazione. In secondo luogo, cadrebbe in grave errore, chi non volesse applicare ai rescritti del Codice ed a tutto il Digesto i suesposti principii generali dell' interpretazione delle leggi, perchè questi testi in origine non fossero leggi; infatti que' principii, benchè siano stati da noi svolti precisamente nella loro applicazione alle leggi, si adattano per l' intima loro essenza, anche a qualunque altra produzione giuridica dell' intelletto; ed appunto per tal ragione nel citare esempi, che illustrassero i principii sull' interpretazione, noi non abbiamo curato se i passi da interpretarsi, fossero leggi fino dalla loro origine, od avessero solo posteriormente assunto tale carattere. — La seconda classe delle parti della legislazione giustinianea abbraccia que' testi, che originariamente erano leggi, cioè, soltanto gli editti contenuti nel Codice. In questi predomi-

Digitized by Google

na l' elemento storico dell' interpretazione (§ 33), come vedemmo predominar ne' primi il sistematico (*b*). Lo stesso dicasi delle Novelle, le quali però non costituiscono altrettante parti integranti d' un complesso più grande, ma sono leggi staccate, di per sè sussistenti.

§. 41.

Interpretazione delle leggi di Giustiniano. Continuazione. (Singole leggi considerate come frammenti della compilazione Giustinianea.)

Dobbiamo ora determinare qual profitto, per l' interpretazione di singole leggi, si possa trarre dall' essere considerate frammenti, quali sono della compilazione, per essi formata.

Da questo modo di considerare i passi di legge ritrae innanzi tutto un nuovo significato ed una importanza novella quel mezzo d' interpretazione di leggi difettose, che consiste nello studio dell' intimo legame della legge con sè medesima (§ 35); imperocchè, dovendosi ora l' intiero Digesto, al pari di tutto il Codice, considerare come una sola

(*b*) Così p. e. nell' interpretazione della *L. un. C. de nudo j. quir. toll.* (VII, 25) la questione principale è di sapere quale Diritto fosse in vigore in tale argomento al principiare del regno di Giustiniano, e che cosa, adunque quella legge veramente modificasse.

Digitized by Google

gran legge di Giustiniano, quel mezzo d' interpretazione acquista una vastissima e legittima estensione (*a*).

Un altro aiuto per l' interpretazione ci è dato inoltre dall' essere una legge collocata sotto un dato Titolo. Infatti, distinguendosi ogni Titolo del Digesto o del Codice da tutti gli altri per l' istituto speciale di Diritto, cui si riferisce, la specialità del suo oggetto può fondatamente servire a determinare il senso dubbio d' una legge in esso contenuta. In tale proposito non vuolsi però dimenticare che alcune leggi furono per svista o per un' apparenza esteriore di affinità, inserite in un Titolo, che loro menomamente non vi s' adatta, sicchè in tal caso non può invocarsi questo mezzo d' interpretazione (*b*). Ma anche in via ordinaria, ristringendo ogni testo all' oggetto speciale del suo Titolo, si darebbe una eccessiva estensione a quella regola, perchè, senza che sia incorso uno sbaglio de' compilatori, esso può talvolta effettivamente contenere, altri oggetti, fors' anco più importanti. — Si potrebbe pur cercare un mezzo simile d' interpretazione nell' ordine, in cui sono disposte

(*a*) Il confronto di due passi del Digesto può servire a scopi affatto differenti, ora per rimediare ad una espressione indeterminata od incerta, colla scorta di un' altra, e questo è il caso di cui qui trattasi, ed ora per togliere una contraddizione fra due passi e di ciò parleremo più avanti.

(*b*) Diconsi *leges fugitivae*. Ne è un esempio la *L.* 6, *de transact.* (II, 15), inserita soltanto per caso e per errore nel Titolo *de transactionibus*, a motivo della parola *transigi*, che in essa si trova, non contenendo alcuna regola relativa alle transazioni, come ci mostra il confronto colla *L.* 1, § 1, *Testam. quemadm. aper* (XXIX, 3).

Digitized by Google

fra loro le varie leggi, se tale ordinamento fosse avvenuto dietro un principio logico. Ma nel Codice, i testi di ciascun Titolo sono manifestamente collocati in ordine cronologico, e nel Digesto, benchè non siasi tenuto quest' ordine, domina per solito parimenti un metodo affatto esteriore, che non ammette quell' uso dell' interpretazione. Talvolta, però, in via d' eccezione, il posto che una legge occupa nel Titolo è determinato dall' ordine logico, ed in tal caso se ne può trarre argomento d' interpretazione (*c*).

In fine sono di particolare momento i cangiamenti, subìti da una quantità innumerevole di testi, allorquando vennero inseriti nelle compilazioni di Giustiniano, i quali sono di tre specie.

La prima e più diretta consiste nelle parziali modificazioni, cui andarono soggetti varii testi all' atto che vennero accolti nel Digesto o nel Codice: e soglionsi denominare *interpolazioni* o *Emblema Triboniani*. Di siffatte interpolazioni, alcune sono evidenti (*d*), altre non si ponno dimostrare se non con qualche probabilità, altre finalmente ci

(*c*) Bluhme, *Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln*, zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. Vol. 4, pag. 290, 366, 414.

(*d*) Così p. e. l' usucapione degli immobili, fino a Giustiniano, era di due anni, ed egli la estese a dieci e talvolta a venti, il che per antica consuetudine chiamavasi *longum tempus*. Perciò ne' passi degli antichi giureconsulti, che trattavano di immobili, le espressioni *usucapio* ed *usucapere* furono d' ordinario cangiate (benchè senza necessità) in quelle di *longi temporis capio* e *longo tempore capere*. Vedi *L.* 10, § 1, *L.* 17. *L.* 26. *L.* 33, § 3, *de usurp.* (XLI, 3) e varii testi simili.

Digitized by Google

rimangono affatto nascoste. Giustiniano aveva permesso, anzi ingiunto espressamente ai compilatori tali interpolazioni, pel naturalissimo scopo di rendere, per tal modo acconci, ad essere inseriti ne' nuovi Codici que' testi più antichi, che altrimenti in alcune espressioni non avrebbero armonizzato col Diritto che si voleva introdurre (*e*). Dal che si deduce l'importante regola, che nella critica de' testi, il paragone co' fonti di Diritto antigiustinianei non deve usarsi se non colle massime restrizioni, limitatamente, cioè, a que' casi, nei quali si può stabilire non essere indubbiamente avvenuto alcun cangiamento del Diritto, nè esservi quindi stata occasione di fare interpolazioni.

Un'altra specie, meno sensibile, di cangiamenti è quella, per la quale espressioni staccate di varii passi, per la relazione, in cui stanno coll'intiera compilazione, ricevettero un significato diverso da quello, ch'era stato loro attribuito dagli autori originarii; nel qual caso non occorse alcun cangiamento materiale per rendere i passi acconci alla compilazione. Ne abbiamo un manifesto esempio nella dottrina delle servitù. Secondo l'antico Diritto le servitù venivano regolarmente acquistate colla *in jure cessio*, sicchè gli antichi giureconsulti, nel trattarne, parlavano sovente di una *cessio*, senza più. Ora, benchè al tempo di Giustiniano fosse sparita del tutto la *in jure cessio*, potendosi però l'espressione *cessio* prendere nel senso generale di trasferimento,

(*e*) *L.* 1, § 7, *L.* 2, § 10, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), Const. *Haec quae necess* § 2, Const. *Summa* § 3, Const. *Cordi* § 3.

Digitized by Google

indipendentemente dalle sue forme, la si lasciò sussistere in molti testi, nella giusta aspettazione, che ognuno vi attribuirebbe quel significato più generale (*f*). — Ancora più frequente e di maggior momento è il caso, che sia rimasta intatta, non già soltanto una espressione staccata, ma tutta intiera la soluzione d'una controversia di diritto, la quale però nella compilazione dev' essere posta in relazione ad un'altro ordine di cose, e ricondotta ad altra ragione di legge, differente da quella presa per base dagli antichi giureconsulti, sicchè la soluzione, benchè per vie diverse, è ugualmente giusta in ambedue i casi (*g*). — L'interpretazione,

(*f*) Vi appartengono la *L.* 63 *L. de usufructu* (VII, 1,), *L.* 20, § 1, *L.* 39 *de S. P. U.* (VIII, 2), *L.* 3, § 3, *L.* 10, *L.* 11, *L.* 14 *de S. P. R.* (VIII, 3), *L.* 15 *comm. praed.* (VIII, 4). È possibile che in alcuni di tali testi in origine si leggesse *in jure* cessio, e che le parole *in jure* siano state poi ommesse. In tal caso, s'avrebbe in parte la prima specie di cangiamenti, ed in parte, però, anche la seconda, imperocchè almeno la parola *cessio*, che fu conservata, ricevette un altro significato. Ma siffatta supposizione non è nemmeno necessaria, perchè se Gajo ed Ulpiano, sogliono per lo più aggiugnere le parole *in jure*, talvolta anche le ommettono. Gajo I, § 168, 172, II, § 30, 35. — Ulpiano XI, §. 7.

(*g*) Così p. e. la *L.* 11, *pr. de public.* (VI, 2), dice: « Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur ». (Lo stesso più innanzi, riguardo alle servitù prediali). Con ciò Ulpiano. senza dubbio, intendeva che quando un usufrutto non fu costituito solennemente (colla *in jure cessio*), ma per tradizione, non si può far valere la verà *confessoria* (la *vindicatio usufructus*), ma sibbene la *publiciana*, per cui è sempre titolo sufficiente la tradizione. Secondo il Diritto giustinianeo, quel passo non ha

Digitized by Google

che si fonda sulla presunzione d'un cangiamento di questa seconda specie, vien detta opportunamente *duplex interpretatio*.

Havvi, da ultimo, una terza specie di cangiamenti, la quale è simile alla seconda, ma se ne distingue, perchè si riferisce, non già a particolari soluzioni, riformate, ma all'intiero sistema interno delle Compilazioni. Tra di essi annoveriamo la posizione affatto nuova e tanto importante data a numerosi rescritti coll'accoglierli nel Codice, imperocchè, mentre dapprincipio aveano forza di legge soltanto pel caso speciale, per cui vennero emanati, e non per altri casi simili (§ 24), ricevettero nella compilazione autorità inversa. I Rescritti nulla più contano per la controversia di Diritto, ond'ebbero origine, perchè questa ai tempi di Giustiniano era già da lungo tempo andata in obblio, e le regole di Diritto, in essi espresse in forma concreta, ottennero autorità di leggi generali. Questo nuovo valore de' rescritti si potrebbe dedurre oramai dal fatto che furono

senso, se non quando si supponga, inoltre, che l'usufrutto sia stato costituito da chi non era proprietario, imperocchè questo è in generale il solo caso, in cui, secondo quella legislazione, si debba ricorrere a quella azione. — Se la casa del mio vicino è cadente ed io ottengo prima una *missio* e poi un secondo decreto, ho in pari tempo la *publiciana* e la capacità di usucapire *L.* 5, *pr. L.* 18, § 15 *de damno infecto* (XXXIX, 2). In origine ciò voleva dire che il pretore, col secondo decreto, intendeva dare la proprietà, ma non poteva dare più che il dominio bonitario; secondo il Diritto di Giustiniano questo deve riferirsi al caso, che il vicino non abbia la proprietà, vale a dire, non sia in caso di provarla.

Digitized by Google

inseriti nel Codice, non potendosi altrimenti comprendere perchè ciò fosse avvenuto, ma inoltre Giustiniano l'attribuì loro espressamente (*h*). — Per questi rescritti il nostro assunto consiste nel rilevare dalla decisione del caso speciale, la regola generale di Diritto espressavi; il che avviene, eliminando la parte concreta, in una giusta misura, potendosi facilmente peccare per eccesso o per difetto (*i*). Talvolta non riuscirà nemmeno di determinare, con tutta certezza, quanto debbasi sceverare come appartenente a circostanze accidentali e aliene alla regola di Diritto. — L'operazione, che noi dobbiam fare, è essenzialmente differente dall'interpretazione estensiva d'una legge per mezzo del confronto colla ragione della legge stessa (§ 37); imperocchè coll'interpretazione si vuole rettificare l'espressione troppo ristretta, e quindi difettosa, e quanto ai rescritti invece, nulla v'ha a rettificare, ma conviene soltanto riconoscere giustamente la regola espressa in una applicazione speciale (*k*). — Per siffatta interpretazione de' re-

(*h*) Const. Haec quae necess. § 2, Const. *Summa* § 3.

(*i*) La *L.* 9, § 5, *de j. et f. ignor.* (XXII, 6), ci mostra, come in questo senso i giureconsulti romani stessi considerassero i rescritti. Essi erano a ciò indotti dall'attribuire grande autorità, se non forza di legge, alle regole contenute ne' rescritti (§ 24).

(*k*) Perciò conviene qui avvertire di non confondere, in doppio modo, l'interpretazione estensiva; 1. coll'operazione per mezzo della quale, da una decisione concreta, si desume la regola di Diritto, ora palese ed ora nascosta; 2. coll'applicazione delle regole, contenute ne' rescritti a casi

Digitized by Google

scritti l'*argumentum a contrario* summenzionato (§ 37) è più pericoloso, che in qualsivoglia altro caso d'interpretazione, non essendo agevole dissipare intieramente il dubbio che la parte del rescritto, in cui credesi di scorgere nascosta la forza dell'argomento, non appartenesse soltanto alla fattispezie accidentale (*l*).

§. 42.

B. *Interpretazione de' fonti di Diritto nel loro complesso. (Antinomia.)*

Finora abbiamo parlato dell'interpretazione di leggi separate; ma il complesso dei fonti di Diritto, finora esposti (§ 17-21), forma un tutto destinato a soddisfare a qualunque bisogno si presenti in materia di Diritto, e perchè sia atto a raggiugnere siffatto scopo, conviene che abbia *unità ed universalità*. — In tale proposito, non possiamo limitarci alle sole leggi, ma dobbiamo piuttosto prendere in considerazione tutte le specie di fonti del Diritto. Perciò anche qui (come facemmo riguardo all'interpretazione delle leggi prese isolatamente), esporremo dapprima i principii,

simili. Questa applicazione (in quanto le si volesse attribuire forza di legge) era proibita nell'antico Diritto (§ 24); è ingiunta pei rescritti inseriti nel Codice. Con queste due operazioni, l'interpretazione estensiva, non ha nulla a che fare.

(*l*) Mühlenbruch, *Archiv für civil. Praxis*. II, p. 427.

Digitized by Google

secondo i quali convien procedere; allorchè tutto sia in istato normale, e additeremo poscia i sussidii, atti a rimediare a condizioni manchevoli.

L'operazione regolare è quella di dedurre dal complesso de' fonti un sistema di Diritto, ed è, nella sua essenza, affine alla ricostruzione di singoli rapporti, od instituti di Diritto (§ 4, 5) colla differenza, però, che qui avviene in molto più grandi proporzioni. La ragione della legge, da noi considerata rispetto alle leggi staccate, assume, in questa più vasta sfera, una importanza ed una efficacia maggiore, e la forza creatrice organica della scienza del Diritto (§ 14) appare qui nella massima estensione (§ 14). Tutto l'assieme de' fonti ed in ispecie quella parte, che noi denominiamo *Corpus Juris* giustinianeo, può, sotto questo aspetto, essere considerato come una sola legge, sicchè in un certo grado vi sono applicabili le regole dell'interpretazione d'una legge presa separatamente (§ 35). È perciò di particolare momento il raffronto di varii testi, ma l'estensione e la varietà de' fonti, fa che non si possa, senza particolari difficoltà, rendersene padroni (*a*).

Le condizioni manchevoli del complesso, le quali ponno essere paragonate ai difetti delle leggi staccate (§ 35), si riferiscono ai due requisiti, già da noi accennati. Se manca

(*a*) La glossa ci dà una base assai utile, e pregevole per raccogliere i testi paralelli. Pei primi studii, bastavano anche le note del D. Gottofredo, le quali, in questo riguardo, hanno qualche valore, come che estratti dalla glossa.

Digitized by Google

l'unità, dobbiamo togliere una *contraddizione*, se manca l'universalità, dobbiamo riempiere un *vuoto*. In realtà, però, siffatte due condizioni si possono riassumere in una comune idea generale, imperocchè dappertutto non si tratta se non di stabilire l'unità, cioè, la negativa, rimuovendo le contraddizioni, la positiva, togliendo i vuoti.

Le *contraddizioni* interne delle diverse parti de'fonti sono affini all'espressione indeterminata d'una legge, presa isolatamente (§ 35, 36). Ambedue i difetti s'uniformano in questo, che si riconoscono per via puramente logica, che il porvi riparo è indispensabile, e che il rimedio deve trovarsi per via differente dalla logica (ed in questo caso istoricamente). Il principio più generale insegna a cercare di conciliare le contraddizioni, mostrando, ove sia possibile, ch' esse non sono se non apparenti; se ciò non riesce, si applicheranno le regole che seguono:

La contraddizione può riscontrarsi, o nelle diverse parti del complesso generale de'fonti, già stabilito (§ 17-20), o solamente riguardo ai fonti che vi si potessero aggiugnere in avvenire (§ 21).

Il complesso generale de' fonti, quanto alla Germania consiste delle leggi di Giustiniano, del Diritto canonico, delle leggi dell'Impero e del Diritto consuetudinario scientificamente stabilito, ossia, della giurisprudenza de' Tribunali. Se in esso sussista una contraddizione inconciliabile, sta la regola che il fonte più moderno dev' essere preferito all'anteriore, e la ragione di tal regola si è, che una siffatta contraddizione è propria dello sviluppo progressivo del Jus,

Digitized by Google

per cui il costituire una nuova regola di Diritto importa l'annullamento di fatto della regola precedente. Se adunque vogliamo una regola per lo stato attuale del Diritto, dovremo cercarla fra le regole ancora sussistenti, e non fra quelle già annullate (*b*). Da questa stessa ragione ne viene poi una limitazione naturale di tale principio; imperocchè, se oltre alla regola anteriore sussisteva una eccezione, l'annullamento ridetto necessariamente non la comprende, ed anzi essa si mantiene colla regola più moderna, in quanto non sia specialmente abolita (*c*).

(*b*) Tal genere di contraddizione, non va quindi annoverato fra le condizioni difettose, se non in quanto si consideri la legge anteriore, come parte integrante dei fonti di Diritto (ed ora necessariamente annullata); la condizione dei fonti di Diritto, ancora in vigore, non deve per ciò dirsi difettosa. Per uguale ragione, l'affermare una tale contraddizione, non racchiude in sè una censura dello stato del Diritto, la quale havvi invece sempre, ogni qual volta si ammette l'esistenza di leggi particolari difettose (§ 35-37).

(*c*) *L.* 80, *de R. J.* (L, 17). « In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est ». *L.* 41, *de poenis* (XLVIII, 19) «... nec ambigitur, in caetero omni jure speciem generi derogare... » (dell'altra parte di questo passo ci servimmo più sopra al § 37 nella nota *d*). — Soltanto il contenuto della legge posteriore, può mostrare se l'annullamento si estenda anche all'eccezione. — Questo principio, da noi esposto come limitazione della regola principale, non dev'essere riferito a tutte le disposizioni *speciali* del Diritto anteriore, ma soltanto a quelle che hanno un vero carattere eccezionale, e quindi non sarà applicabile a quelle disposizioni speciali, che non

Digitized by Google

La regola principale si applica nel modo seguente: La vera giurisprudenza de' Tribunali, comechè modificazione più recente dei fonti di Diritto preesistenti, va innanzi a tutto. Vengono poi le leggi dell' Impero, appresso il Diritto canonico e da ultimo il Jus romano. — Non occorre di spiegare più precisamente, se non l' ordine nel quale furono poste le due ultime specie di Jus.

La questione, se il Diritto canonico (in materia di Diritto privato) abbia la preminenza sul romano, è assai controversa. Innanzi tutto, non vi ha dubbio, che prima convenga cercare di conciliarne le disposizioni. In caso poi, che ciò non sia possibile, forse perchè sia manifesto che coll' uno s' intendeva di derogare all' altro, alcuni autori sostennero, che non avendo ambedue i Diritti autorità per forza propria, ma bensì pel fatto della loro accettazione, ed essendo questa, fra noi, ad un tempo avvenuta, quelle due specie di Diritto sieno per noi contemporanee, e non possano pretendere ad una preminenza prestabilita, sicchè essendovi contraddizione, una speciale giurisprudenza de' Tribunali potrà sola decidere, di caso in caso, quale dei due debba prevalere (*d*). — Ma nelle materie di Diritto privato,

erano se non conseguenze della regola precedente. — Vedi Thibaut, *Civilist Abhandlungen* N. 7, ove quel principio è ben trattato.

(*d*) Hübner, *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner* p. 14-22. Mühlenbruch, I, § 70. — Opinioni più giuste trovansi in Böhmer, *Jus eccles. prot.* Lib. 1, Tit. 2, § 70-73, il quale tratta estesamente la questione, senza però venire a conclusioni chiare e precise. Vedi anche Hofacher, I, § 53.

Digitized by Google

il Diritto canonico ha, rispetto al Jus romano, il carattere di Novelle; specialmente le Decretali, in cui sono più frequenti i conflitti. Sotto questo aspetto vennero effettivamente accettati i due generi di Jus in Bologna, e quando apparvero le Decretali, prima ad una ad una e poi riunite nelle nostre raccolte, l'accettazione n' era già avvenuta ed esse vi si aggiugnevano in qualità di nuove leggi derogatrici. Nell'Alemagna però l' accettazione del Diritto canonico, bello e compiuto fino dal principio, avvenne contemporaneamente a quella del Diritto romano; tuttavia si fece nello stesso senso, come a Bologna, e nello stesso modo come di là fu ricevuto il testo de' fonti romani, già ristretto ne' giusti confini (§ 17). Di tale perfetta parificazione, si potrebbe avere un dubbio tutt' al più nel caso, che il Diritto canonico, avente autorità di legge in Italia, non fosse come tale stato ricevuto in Germania; ma in Alemagna invece a quel tempo l' autorità del papa e del Diritto da lui emanato era altrettanto grande quanto in Italia, a tal che l' accettazione dei due Diritti ed il riconoscimento del reciproco loro valore avvenne, non solo sull' autorità di Bologna, ma per gli stessi principii. — Da tale considerazione deriva che, in materie di Diritto privato, il Diritto canonico ha, per regola, la preminenza sul romano, ed una eccezione a questo generale principio non potrà fondarsi se non sopra una giurisprudenza speciale o, nei paesi protestanti, su' principii di quel Diritto ecclesiastico, che direttamente contraddicessero un dettato del Diritto canonico privato. Uguale effetto di eccezione potranno produrre anche

Digitized by Google

le leggi dell'Impero, per la preminenza che abbiamo veduto doversi loro accordare rispetto al Diritto canonico, quando, cioè, condannassero una data regola del Diritto canonico e così venissero a ristabilire la regola corrispondente del Jus romano (*e*).

§ 43.

Interpretazione de' fonti di Diritto nel loro complesso. (Contraddizione.) Continuazione.

Di più grave momento, ed in pari tempo di più difficile soluzione, sono le contraddizioni nei varii frammenti della legislazione di Giustiniano, le quali si presentano in molto maggior copia, e sulle quali gli autori moderni espressero opinioni straordinariamente discordi (*a*).

E qui occorre, innanzi tutto, distinguere le Novelle dalle tre altre raccolte. Infatti le Novelle erano destinate a cangiare e perfezionare a poco a poco il Diritto in forma di

(*e*) Così p. e. nella dottrina degli interessi, ove almeno è generalmente riconosciuto che le leggi imperiali hanno abolito il divieto assoluto degli interessi, indetto dal Diritto canonico, e stabilirono la legittimità degli interessi in genere, conforme al Diritto romano. I particolari di questa dottrina, sono però assai controversi.

(*a*) Molto di buono si trova nelle *Civilist. Abhandlungen*, di Thibaut, N. 6, ed in Löhr *Justinianische Compilation* (Grolman und Löhr Magazin, V. III, n. 7. — Una lista assai copiosa di scrittori, ci è data da Haubold, *Inst. jur. Rom. hist. dogm. ed.* 1826, § 300.

Digitized by Google

leggi stàccate, nè furono mai dal legislatore riunite in un sol corpo, sicchè, in caso di contraddizione, ogni Novella avrà assoluta preminenza, non solo sulle tre raccolte, ma eziandio su qualunque Novella anteriore (*b*). Quando di questa si tratti, si può con molto minore esitanza ammettere che sussista una contraddizione, ed è pur meno necessario il tentativo di conciliarla, che non è quando si tratti d' una delle raccolte; perchè le Novelle, come dicemmo, aveano precisamente per assunto la riforma del Diritto. — È vero, che le Novelle furono appo noi ricevute in pari tempo delle tre raccolte, sicchè alcuno potrebbe credere che per ciò andasse estinta quella preminenza naturale, che ad esse, come leggi più recenti, competeva (*c*), ma vuolsi osservare che le Novelle furono ricevute nel senso di Giustiniano, come una eredità delle sue leggi, e quindi pienamente coll' autorità, ond' erano sancite alla fine del lungo suo governo; sicchè avendo esse allora già abolito

(*b*) Per tale scopo è quindi importante, anzi indispensabile, anche nella pratica, il prospetto cronologico dato da Biener, nella sua *Storia delle Novelle*, Appendice N. 4. Nè ci si obbietti, che i glossatori non avevano quel prospetto, imperocchè ne ammisero, ed applicarono secondo le loro cognizioni, il principio, e non fissarono punto un' altro ordine cronologico errato. Tanto in questo, adunque, quanto nella critica del testo, non chiusero la via al progresso (§ 17, 38).

(*c*) Hübner, nelle *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner* si dà soverchia briga nel ribattere questa obbiezione (p. 8-14); alla fine poi ammette l' argomento da noi addotto, ma erroneamente non gli attribuisce se non un valore secondario.

Digitized by Google

il Diritto anteriore, che loro s'opponeva, nulla monta per noi che siano state in Germania ricevute contemporaneamente a quell'anteriore Diritto.

Quanto alle tre raccolte vuolsi prima stabilire un principio generale, colla scorta del quale ci sia dato di rinvenire le regole speciali pel caso di contraddizione. È indubitato, che Giustiniano voleva che fossero considerate come un tutto intimamente collegato, ed anzi come un vero Codice, vale a dire, come un'opera, alla quale unicamente si potesse ricorrere per decidere qualunque caso di Diritto e che in pari tempo a tale scopo pienamente bastasse (*d*). Tale scopo dovea essere raggiunto, con una scelta tra il materiale di Diritto, che in grande copia si aveva innanzi, ma in modo che i frammenti prescelti, conservando la loro forma storica, venissero però a formare un'opera complessiva del tutto nuova. — In questo nuovo edifizio legale, il Digesto era la parte principale, l'unica che avesse un senso da sè medesima e non fosse insufficiente per la pratica; ad esso si riferivano le altre due raccolte, come estratti o compimenti. In questa relazione, però, non havvi

(*d*) Constit. *Omnem* § 7. Const. *Summa* § 3, *L.* 2, § 12, 23, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17). — Hufeland nel suo *Spirito del Diritto romano*, I, p. 143-145, nega loro il carattere di Codice, perchè contengono tanti principii puramente scientifici. Ma questa obbiezione non risguarda se non la loro origine e la loro forma; i passi citati non lasciano alcun dubbio sulla loro destinazione a servire da Codice, e questo è quanto solo importa, potendo pur anche sussistere che alcuni passi, non siano leggi, ma soltanto materiale storico, del che parleremo ben presto.

Digitized by Google

alcun motivo, che valga a dare la preminenza ai testi del Digesto, in confronto di quelli delle altre raccolte. — Taluno volle, chè le *Istituzioni* avessero ad avere una superiorità sulle altre, come che opera propriamente di Giustiniano; altri invece sostenne, che vi fossero inferiori, perchè semplice compendio del Digesto; ma e quelli e questi s' ingannano. Qui non si vogliono considerare come testo scolastico, ma sibbene come parte integrante della legislazione ed in questo senso sono una costituzione di Giustiniano (*e*) nè superiore, nè inferiore al Digesto ed al Codice. Più innanzi parleremo più particolarmente del caso di conflitti. — Quanto al Codice, poi, alcuni autori vollero, con qualche apparenza di ragione, attribuirgli una superiorità generale sugli altri testi, pari a quella delle Novelle, perchè ricevette forza di legge un anno dopo delle Instituzioni e del Digesto; per conseguenza in caso di conflitto tra varii testi, dovrebbe sempre prevalere il Codice. Veggiamo ora a quali risultamenti, per tal modo, saremmo tratti. Il primo Codice, (che certamente nella massima parte concordava con quello posteriore che possediamo) venne in luce nel 529. Nel 533 furono pubblicate le Instituzioni ed il Digesto, che derogarono al Codice, in tutti i passi contradditorii. Finalmente nel 534 comparve il nuovo Codice, che derogando nuovamente alle due altre raccolte, avrebbe dovuto ristabilire quegli stessi passi del primo Codice, ch' erano stati aboliti un anno avanti. È impossibile, che Giustiniano volesse san-

(*e*) Proaem. Inst. § 6, *L.* 2, § 11, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17).

Digitized by Google

cire tanta versatilità del Diritto (*f*); nè poteva nemmeno pensare, che una parte avesse a derogare all' altra, partendo egli dall' avviso che tra le varie raccolte non vi fosse contraddizione di sorta, ma sibbene regnasse la più assoluta concordanza. Gli unici passi del Codice, cui possiamo attribuire tal forza derogatoria, senza ammettere quella insensata versatilità, sono quelli pubblicati tra la promulgazione del Digesto (30 dicembre 533) e la promulgazione del Codice (17 dicembre 534), vale a dire, nel periodo minore di un anno (*g*). È indubitato, che questi testi hanno maggiore autorità di quelli del Digesto; ma siffatta loro preminenza deriva da un' altra ragione più radicale, di cui tratteremo più estesamente, e per cui non è necessario di ricorrere al fatto della posteriore promulgazione del Codice, nel quale son contenuti. — Riassumendo brevemente il principio generale sul modo, onde vanno considerate le tre raccolte, diremo che tutte insieme formano una sola grande opera, intimamente connessa, che il non essere state promulgate affatto contemporaneamente, non fa alcuna diffe-

(*f*) Questo argomento vien fatto valere, ed a buon diritto, da Thibaut *loc. cit.* p. 83.

(*g*) Reland nei *Fasti*, p. 710, enumera undici costituzioni di tale categoria. Alcune di esse, come che relative al Diritto ecclesiastico, od al Diritto pubblico, non ponno contraddire al Digesto; non rimangono quindi se non le sei seguenti, relative al Diritto privato e che stabiliscono un Diritto nuovo: *L.* 2, *C. de jur. propt. cal.* (II, 59), *L.* 29, *C. de nupt.* (V, 4), *L.* 31, *C. de test.* (VI, 23), *L. un. C. de cad. toll.* (VI, 51), *L.* 15, *C. de leg. her.* (VI, 58), *L. un. C. de lat. lib. toll.* (VII, 6).

Digitized by Google

renza, e che noi possiamo, senza tema di errare, considerarle come pubblicate in uno stesso momento (*h*). Da siffatto principio voglionsi, ora, dedurre le regole particolari per la soluzione delle varie contraddizioni, che si possono riscontrare nelle tre raccolte.

§ 44.

Interpretazione de' fonti di Diritto nel loro complesso. (Antinomie.) Continuazione.

La regola generale di ridurre la contraddizione a una semplice apparenza, conciliando fra loro i testi (§ 42), acquista qui un valore ed una importanza del tutto particolare; non soltanto perchè le tre raccolte costituiscono un'opera sola, in cui l'unità del pensiero deve naturalmente ammettersi, ma anche perchè Giustiniano avvertì espressamente non esser in esse contraddizioni, e che, se pure ce ne apparissero, con un attento esame (*subtili animo*) sarebbe facile scorgere il recondito legame che le armonizza (*a*). Tale avvertimento assume una importanza straordinaria, in quanto legittima pienamente anche un metodo di conciliazione, che avesse dell'artifiziale, non quello, però, che fosse affatto arbitrario e che introducesse distinzioni, di cui

(*h*) Löhr. *loc. cit.*, p. 201.

(*a*) *L.* 2, § 15, *L.* 3, § 15. *C. de vet. j. enucl.* (I, 17).

Digitized by Google

nè i testi contrarii, nè altre parti della legislazione, offrissero traccia (*b*).

La conciliazione può avvenire in due differenti modi, per via *sistematica* e per via *storica*. Ambedue sono ugualmente ammissibili, ma non vuolsi ricorrere alla seconda, se non quando sia insufficiente la prima.

La conciliazione *sistematica* può farsi assegnando a ciascuno de' testi contradditorii, particolari confini di applicazione, vale a dire, un campo speciale, su cui abbia assoluto predominio; il che può farsi tanto dividendo l'oggetto sul quale s'aggira la regola in due parti uguali, secondo differenti condizioni, quanto costituendo un testo come regola, e facendo che l'altro non sia se non una eccezione. Possiamo anche conciliare sistematicamente due testi contradditorii, considerandoli come due parti d'un solo tutto, per modo che l'uno venga integrato dall'altro, sicchè la generalità apparente dell'uno, sia dall'altro più particolarmente determinata e ristretta (*c*). Alcuni esempii renderanno più chiaro siffatto procedimento. Varii testi dichiarano possibile

(*b*) *L.* 2, § 15, *cit.* « . . . sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem ».

(*c*) Così la *L.* 1, § 9, *C. de vet. j. en.* (I, 17) dice, che sugli oggetti già regolati dal Codice, nulla si trova nel Digesto « nisi forte vel propter *divisionem*, vel propter *repletionem*, vel propter *pleniorem indaginem* hoc contigerit ». Ciò può applicarsi anche alla soluzione sistematica di contraddizioni. — Giustiniano stesso nella *Nov.* 158, dà un esempio di siffatta conciliazione, relativamente a due testi del Codice.

Digitized by Google

l' usucapione, quando il possessore manchi di titolo, ma sia nella buona fede di averlo (*d*); altri testi in tal caso non l' ammettono (*e*). Per conciliare i testi, basta distinguere il caso che il possessore possa dimostrare una giusta causa del suo errore da quello, in cui non valga a provarla; nel primo sarà possibile l' usucapione, non così nel secondo (*f*). — Così parimenti, varii testi dichiarano nulla a dirittura la vendita tra' coniugi, nella quale il prezzo sia stato fissato al di sopra, o al di sotto, del vero valore (*g*), ed altri ne ristringono l' invalidità al caso, che sia stata conchiusa una compra vendita, unicamente per nascondere una donazione, ed ammettono che quando, nel contratto, non sia stata tale l' intenzione, la vendita rimanga valida, e sia nulla soltanto quella donazione, che viene ad essere contenuta nella sproporzione del prezzo (*h*). - Siffatti conciliamenti di passi contraddittorii s' appoggiano al giusto principio, che una regola, per essere espressa in un modo generale indeterminato, non esclude che possa venir limitata con disposizioni più precise, o con eccezioni, al quale effetto occorrerebbe piuttosto, che la loro esclusione fosse espressamente dettata. Nei testi conciliatori fin qui citati,

(*d*) *L.* 3, *L.* 4, § 2, *pro suo* (XLI, 10).

(*e*) *L.* 27, *de usurp.* (XLI, 3), § 11, *J. de usuc.* (II, 6).

(*f*) *L.* 11. *pro emt.* (XLI, 4,), *L.* 4, *pro leg.* (XLI, 8) *L.* 5, § 1, *pro suo,* (XLI, 10).

(*g*) *L.* 38 *de contr. emt.* (XVIII, 1), *L.* 17, *pr. ad Sc. Vell.* (XVI, 1).

(*h*) *L.* 5, § 5, *L.* 32, § 26, *de don. int. vir.* (XXIV 1). — Vedi sotto § 154, note *b*, *c*.

Digitized by Google

gli antichi giureconsulti medesimi ci indicarono questo metodo. — In tale argomento vuolsi avere particolare riguardo al carattere speciale delle regole o formule, scientificamente stabilite da' giureconsulti, e perciò se due testi contradditorii presentano un' antinomia d' una di tali formule con una prescrizione concreta, converrà sempre attribuire a questa la preminenza. Africano procedette appunto secondo tale principio (nota *f*), del quale faremo altrove una molto più importante e più perspicua applicazione. (Appendice VIII, N. 8).

La conciliazione storica si fa, ammettendo che uno de' testi contraddittorii contenga il dettato vero e permanente della legislazione, e l' altro voglia considerarsi soltanto come documento storico. Siffatto metodo cadde in discredito, perchè alcuni, intendendolo e ponendolo in atto in modo alquanto grossolano, reputarono decisivo unicamente l' ordine cronologico, ed attribuirono in ogni caso al testo posteriore (sia d' un imperatore, sia d' un giureconsulto) assoluto predominio su quelli che lo precedettero. Tale procedimento, per verità comodo e semplice, ha contro di sè, non foss' altro, il sistema generale del *Corpus Juris*; è inoltre proscritto espressamente da Giustiniano, il quale, nominatamente pel Digesto, dichiara, che ogni passo ivi inserito, dev' essere considerato come se partisse direttamente da lui, come legge imperiale (*i*), — La conciliazione sto-

(*i*) *L.* 1, § 5, 6, *L.* 2, § 10, 20, *C. de vet. j. en.* (I, 17). — La *L.* 1, § 6, *cit.* dice: « omnia enim merito nostra facimus »; lo stesso

Digitized by Google

rica è però pienamente giustificata, allorquando sia possibile dimostrare, in modo verisimile, che un testo anteriore fu inserito per uno scopo storico, nel qual caso dovrà cedere a confronto di un testo più recente, non perchè è di più vecchia data, ma perchè non era destinato ad una applicazione diretta (*k*). L'inserzione di un testo antecedente, per uno scopo storico, può essere avvenuta in due modi, cioè, primo, in riguardo ai rapporti di Diritto, già sussistenti al momento della compilazione, i quali doveano essere ancora retti dalle leggi anteriori (*l*), e, secondo, perchè il testo nuovo, unicamente imperante, ricevesse maggior chiarezza dall'essere preceduto da leggi più antiche; questo secondo caso è molto più importante e suscettivo d'un' applicazione assai maggiore. In esso poniamo che

esprimono altri testi. — L'oggetto immediato di tali dichiarazioni si era, per vero dire, quello di esprimere l'antitesi colla legge di Valentiniano III, (§ 26) fino allora in vigore, affinchè non si attribuisca nel Digesto minor valore ai testi di Giuliano, che a quelli di Ulpiano, ma la regola è sì generale da valere in pari tempo ad escludere qualunque predominio, che meramente, in base all'ordine cronologico, si volesse attribuire ai testi recenti, in confronto degli anteriori.

(*k*) Questo punto è assai bene trattato da Löhr, *loc. cit.* p. 180, 189, 197.

(*l*) Per raggiungere siffatto scopo, non era propriamente necessario inserire nella compilazione testi anteriori, che non potevano più applicarsi a' casi futuri, poichè sussistevano ancora le costituzioni ed i libri anteriori. Ma Giustiniano ci dice espressamente essere ciò avvenuto per tal ragione. *Nov.* 89, *C.* 7.

Digitized by Google

un testo antico sia stato accolto nella compilazione, per dare un atto della storia del Diritto, che sembrava necessario ad illustrare il testo posteriore.

Alcune circostanze, che ora additeremo, confermano pienamente la giustezza di tale supposizione. In primo luogo va annoverato il fatto, che la compilazione è composta d'un materiale storico, sorto a poco a poco da secoli, per cui il progressivo svolgimento de' principii di Diritto vi dovea necessariamente essere manifesto, mentre lo si poteva invece benissimo pretermettere in un' opera affatto nuova. In secondo luogo, troviamo dappertutto indicata, con accurato studio, l'origine storica d'ogni testo, nel che non si può vedere altro scopo, fuorchè quello di agevolare l'intelligenza del Diritto nuovo col ricordare l'antico. Veggiamo, finalmente, tante Costituzioni nuove innovatrici, le quali mal a pena potrebbono intendersi, se non fossero raffrontate col Diritto anteriore. Ce lo indica da ultimo il carattere delle Istituzioni. In fatto, queste nulla doveano contenere, che fosse antiquato (*m*) e tuttavia espongono lo svolgimento storico (*n*), diffondendosi, in alcuni casi, a darne un quadro compiuto (*o*); il che, colla suesposta supposizione, facilmente si spiega. Gl' instituti aboliti, come la man-

(*m*) Prooem. Inst. § 3, » ut... *nihil inutile*, nihil perperam positum, *sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis* accipiant. »

(*n*) Prooem. Inst. § 5, « In quibus breviter expositum est *et quod antea obtinebat*, et quod postea desuetudine inumbratum ab Imperiali remedio illuminatum est ».

(*o*) Così p. e. § 4-7, *J. de fid. hered.* (II, 23).

Digitized by Google

cipazione e la forma rigorosa del matrimonio, non doveano essere accennati, ma così non era degl' instituti ancora sussistenti, benchè modificati, de' quali occorreva conoscere lo svolgimento storico, per bene comprenderli nelle forme novelle. Riguardo alle Istituzioni, la cosa è manifesta, ed inoltre è per sè naturalissima, e perchè vorremo noi esitare ad ammettere lo stesso, anche riguardo al Digesto ed al Codice ed alla relazione delle tre raccolte fra di loro?— Prendendo di qui le mosse veggiam dileguarsi tutte le obbiezioni, che con apparenza di fondamento, furono opposte alla nostra supposizione. Giustiniano, dicono, dichiarò, che ogni testo dovea essere considerato come se partisse da lui (nota *i*), ma noi rispondiamo poter tuttavia sussistere, che alcuni frammenti non fossero destinati ad avere diretta applicazione, ma soltanto ad illustrare storicamente un principio. Ci oppongono, inoltre, che le raccolte nulla doveano contenere, che fosse antiquato (*p*), ma noi abbiamo già spiegato, riguardo alle Istituzioni, quale significato si debba attribuire a tal regola. Osservano da ultimo, che nelle raccolte, non doveano esservi antinomie (*q*) e noi soggiugniamo non darsi contraddizione, quando due testi di discordante tenore furono inseriti, perchè l' uno servisse di illustrazione storica all' altro. — Benchè, come abbiamo veduto,

(*p*) Const. *Haec quae necess.* § 2, *L.* 1, § 10, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17).

(*q*) Const. *Haec quae necess.* § 2, Const. *Summa* § 1, *L.* 1, § 4, 8, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), *L.* 2, *pr.* § 15, *eod.* Nov. 158.

Digitized by Google

la conciliazione storica sia francamente ammissibile, non vuolsi, però, ad essa ricorrere, se non quando sia impossibile la sistematica (*r*). Tale priorità della conciliazione sistematica è una conseguenza naturale dell' essere le raccolte state compilate per l' uso pratico, sicchè ci è forza ammettere che tutte le parti ne siano destinate ad una immediata applicazione, finchè tale supposizione non sia impugnata da ragioni particolari, come sarebbe quella della contraddizione, diversamente inevitabile, con altri testi.

Però l' argomento più importante, e che ad un tempo offre le maggiori difficoltà, è quello di stabilire le condizioni occorrenti per la conciliazione storica, essendo rarissimo il caso, che ci si presenti un brano di storia del Diritto così ordinato e connesso, come nell' esempio superiormente citato delle Istituzioni (nota *o*). La conciliazione storica non si può all' opposto quasi mai raggiugnere, se non per mezzo d' un procedimento artifiziale; e qui si domanda, a quali dati potremo noi conoscere che sia appunto il caso di porlo in atto. In tale proposito può giovare la regola seguente. Allorquando s' abbiano due testi contraddittorii, di diversa data, può darsi che la differenza del loro contenuto, sia spiegabile appunto colla diversità delle date, essendo effettivamente avvenuta una modificazione del Di-

(*r*) Giustiniano stesso conferma questa regola, parlando espressamente soltanto della conciliazione sistematica, senza dubbio, perchè la risguardava come regolare e naturale, come quella che voleva essere esperimentata prima di qualunque altra. *L.* 2, § 15, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17). Nov. 158.

Digitized by Google

ritto, o nel tempo intermedio fra' due testi (*s*), oppure, ed è il caso più frequente, nel punto precisamente del nuovo testo, il quale abbia il carattere di legge derogatrice. Quando ciò sia, la conciliazione storica ha un vero fondamento, potendo noi decisamente sostenere, che gli autori d' ambedue i testi, se avessero scritto ad un medesimo tempo, avrebbero espressa l' identica opinione. Allora noi possiamo risguardare il testo anteriore, come semplice documento ad illustrazione storica del nuovo (*t*) ed è affatto

(*s*) Così è, quando nell' intervallo sia stata emanata una nuova legge, od anche, e più di sovente, quando una regola di Diritto abbia avuto un progressivo svolgimento scientifico. Di tal maniera, p. e. nella dottrina del mutuo, valeva dapprima la rigorosa regola, che non si desse azione contro il mutuatario, se non quando il denaro fosse stato rimesso immediatamente; ma quando la dottrina sull' acquisto del possesso, accolse più liberali principii, ne derivò una reazione anche sulle forme ammissibili del mutuo. Al tempo di Africano pare, che tale reazione non fosse ancora compiuta (*L.* 34, *pr. mand.* XVII, 1), ma lo era ai tempi di Ulpiano (*L.* 15, *de reb. cr.* XII, 1). Il frammento d' Africano, non è adunque se non un documento storico, che ci mostra lo svolgimento progressivo del principio di Diritto. — Nell' Appendice X abbiamo un caso analogo. Un altro nel § 164. *L.* 23, *de don. int. vir.* XXIV, 1).

(*t*) L' interdetto *de vi*, ce ne offre un esempio, che giova moltissimo ad illustrare il principio. Il dettato dell' antico Diritto, che non ammette l' interdetto, se non per gl' immobili, è estesamente esposto nel Digesto (*L.* 1, § 3-8, *de vi*). Il Codice e le Istituzioni ne trattano, come applicabile a tutte le cose. Naturalmente ammetto qui come provata l' opinione da me significata nel mio libro sul possesso, § 40, perchè, a vero dire, la questione è molto controversa. — Un altro esempio ne abbiamo nella

Digitized by Google

indifferente, se i compilatori l'abbiano inserito a bello studio (il che non si potrà mai provare a tutto rigore) oppure semplicemente per inavvertenza. Anche in quest'ultimo caso, infatti, la conciliazione è conforme allo spirito della compilazione, ed il nostro procedimento artifiziale è pienamente legittimato, dalla natura e dallo scopo di essa (*u*). — Per l'opposto, la conciliazione storica dovrebbe quindi rifiutarsi ne' casi seguenti. Primo, quando ambedue i testi, per quanto sappiamo, siano contemporanei, il che dovrà quasi sempre ammettersi, ogni qual volta due frammenti delle Pandette provengano dallo stesso scrittore, o da due autori, che vivessero ad un tempo, poco o nulla essendo a nostra cognizione sulla cronologia delle loro opere. Secondo, quando i testi hanno bensì una diversa data, ma in modo, che la differenza del tempo, non è causa del diverso tenore, potendo mantenersi la divergenza, anche se fossero scritti contemporaneamente; il che deve ammettersi p. e. in quelle controversie, che s'andarono perpetuando

dottrina del *peculium castrense*. Se un *filius familias*, che possedeva un peculio castrense, moriva senza disporne per testamento, il peculio spettava al padre, non come eredità, ma *jure pristino*. Questo principio di Diritto è esposto estesamente nel Digesto ed è pur riprodotto nel Codice (*L.* 1, 2, 9, 19, § 3, *de castr. pec.* XLIX, 17, *L.* 5, *C. eod.* XII, 37). Ma non era più applicabile dopo l'introduzione degli *adventitia*, e perciò le Istituzioni, benchè solo superficialmente, dicono che quel diritto del padre, vale solamente quando il figlio non lasci nè figli, nè fratelli o sorelle, *pr. J. quib. non est permissum*, (II, 12).

(*u*) Löhr, *loc. cit.*, p. 212.

Digitized by Google

per secoli appo i romani giureconsulti; nel qual caso, se la controversia passò anche nel Digesto, torna indifferente che un passo proceda da Giuliano e l'altro da Modestino, dacchè anche autori contemporanei non erano egualmente d'accordo. Il testo anteriore non potrebbe allora essere considerato qual monumento del diritto antico, nè la sua inserzione come avvenuta per uno scopo storico; non si potrebbe, quindi, ricorrere alla conciliazione storica, non fondandosi questa sulla differente data, ma solamente sullo scopo storico per cui avvenne l'inserzione, il quale non si può dedurre, se non dalla prova del progresso del diritto. Ed appunto, non potrà ammettersi la conciliazione storica nemmeno riguardo a que' testi, non contemporanei, pei quali è ancora incerto a quale delle due classi di antinomia appartengano; imperocchè siffatta specie di conciliazione non è legittimata, se non dalla prova della sussistenza di uno scopo storico.

§ 45.

Interpretazione dei fonti di Diritto nel loro complesso. (Antinomia.) Continuazione.

Applicando tali regole alle varie raccolte, veggiamo innanzi tutto, che il Codice assai ampiamente si presta alla conciliazione storica. Infatti, se il testo più recente sia un editto, sarà il più delle volte indubitato, ch'esso avea appunto per oggetto l'introduzione d'un Diritto nuovo; in ispecie poi quando provenga da Giustiniano e soprattutto, se

Digitized by Google

si riferisca al picciol numero di quelli, emanati soltanto dopo che il Digesto ebbe forza di legge (*a*). Il che vuolsi dire per insino della massima parte de' rescritti posteriori, e specialmente di quelli sì numerosi di Diocleziano, imperocchè questi, assai di sovente, danno chiara prova d' un' effettiva modificazione del diritto. Di che non ne viene, però, che si possa sostenere, in via generale, dovere il Codice aver maggiore autorità del Digesto, stando molti rescritti più antichi del Codice, in tale relazione con certi testi delle Pandette, che per le regole fin qui esposte, la conciliazione storica non è assolutamente ammessibile (*b*). — Più difficile sarà il legittimare la conciliazione storica, allorchè si tratti di testi del *Digesto*, aventi diversa data; locchè però abbiamo già mostrato, con un esempio, potersi talvolta dare (*c*). — Quando, da ultimo, v' abbia antinomia tra le *Istituzioni* ed il Codice, o il Digesto, si potranno seguire con sufficiente sicurezza le regole che seguono. Talvolta è palese essere incorsa una precipitazione nella compilazione delle Istituzioni, avendosi forse per errore inserito nelle istituzioni di Gajo, un frammento di altro giureconsulto: ed allora si dovrà, senza esitanza, posporre le Istitu-

(*a*) Vedi § 43, nota *g* — A questi testi riconosciamo adunque autorità predominante, ma per ragione diversa da quella della promulgazione posteriore del nuovo Codice, che abbiamo di sopra rifiutata come inconcludente.

(*b*) Thibaut (p. 93) e Löhr (p. 213), dai quali adunque noi dissentiamo, ammettono un predominio assoluto del Codice sul Digesto.

(*c*) § 44, nota *s*.

Digitized by Google

zioni (*d*). Quando al contrario varii altri passi delle Istituzioni contengono una dichiarazione formale ed avvertita del

(*d*) Nella prima Appendice di questo volume è dimostrato un caso di tale specie, superiore a qualunque dubbio; però non concerne un dettato del Diritto pratico. Così il § 16, *J. de L. Aquilia* (IV, 3), è composto di un frammento di Gajo, III, 219, e del frammento di Ulpiano *ad ed.* e che abbiamo nella *L.* 7, § 7, *de dolo* (IV, 3). Questi due testi così riuniti, sembrano stabilire che nei casi simili a quello citato in fine del paragrafo, sia esclusa l' *actio utilis L. Aquiliae*, mentre invece è ammessa nella *L.* 27, § 19, 20, 21, *ad L. Aquil.* (IX, 2). — Nel § 3, *J. de emt.* (III, 24) è detto, che il venditore non era obbligato alla *custodia* di uno schiavo, se non quando l' avesse espressamente promesso, il che s' atteneva al principio, che anche in altri affari di Diritto, non c' era obbligo di custodire gli schiavi. *L.* 5, § 6, 13, *commod.* (XIII, 6). Ora, il passo citato delle Instituzioni, dopo di aver fatto cenno dello schiavo, aggiugne: « Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus ». Con questa aggiunta, i compilatori volevano significare, che la regola dianzi esposta (desunta, senza dubbio, letteralmente da un antico giureconsulto), non avesse nominato, se non per accidente, uno schiavo, e che avesse quindi ad essere estesa l' autorità pratica di quel principio; ma essi non rifletterono, che lo schiavo non era stato menzionato, se non in via d' esempio, e che per le altre cose immobili, valeva invece, ed a buon diritto, la regola opposta. *L.* 35, § 4, *de contr. emt.* (XVIII, 1), *L.* 3, *L.* 4, § 1, 2, *de paric.* (XVIII, 6). — Il § 39, *J. de action.* (IV, 6) ammette la compensazione soltanto per quello « quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oportet ». Siffatta limitazione, non è conforme a tutto il rimanente Diritto giustinianeo e specialmente s' oppone al § 30, *J. eod.*; fu infatto abbandonata, fino dal tempo di Paolo (Paolo II, 5, § 3) e non poteva più sussistere dopo che Marco Aurelio ap-

Digitized by Google

legislatore, si dovranno considerare come altrettanti editti di Giustiniano, ed attribuir loro assoluto predominio su qualunque testo contraddittorio (*e*). Per lo più, invece, non si potrà ammettere nè l'uno, nè l'altro caso, ed ambedue i testi, quello delle Istituzioni e quello del Digesto dovranno considerarsi come compimento uno dell'altro; ma ciò s'attiene alla conciliazione sistematica (§ 44), la quale rende superfluo il ricorrere ad altri rimedii (*f*).

Ma che dovrà farsi, alla fine, quando non si possa applicare nè l'uno, nè l'altro modo di conciliazione (§ 44) e pure l'antinomia sia manifesta? Null'altro rimane, se non preferire fra i testi contraddittorii, quello ch'è più in armonia cogli altri principii certi della legislazione giustinianea. Questa regola si fonda sulla premessa dell'unità organica della romana legislazione, che trae radice dalla natura stessa del diritto positivo (§ 5,) ed è confermata dal procedimen-

plicò la compensazione all'*actio* di stipulazione (sempre unilaterale) § 30, *J. cit.* Noi sappiamo ora, che quelle parole meno conformi, furono trascritte solo per inavvertenza da Gajo IV, § 61, a'cui tempi era ancora ammessa quella limitazione.

(*e*) Thibaut, *loc. cit.*, p. 96.

(*f*) Tra essi annoveriamo i casi seguenti. Il § 25, *J. de rer. div.* (II, 1) e la *L.* 7, § 7, *de ac. rer. dom.* (XLI, 1) si perfezionano a vicenda. Il passo delle Istituzioni è reso più compiuto dalla regola sulla proprietà mista; il passo delle Pandette dalla valutazione più accurata e dalla rettificazione del caso del grano trebbiato. Ambedue i testi debbono, adunque, essere fusi col pensiero l'uno nell'altro. Così la *L.* 2, § 6, *mand.* (XVII, 1) è compiuta dalla fine del § 6, *J. de mand.* (III, 27).

Digitized by Google

to tutto analogo, applicabile nel caso di espressioni ambigue di leggi staccate (§ 35, 36,) e di cui nessuno ha mai posta in controversia la legittimità. Ivi sorge un dubbio da due significati dello stesso termine, qui da due testi contraddittorii della medesima legislazione; ivi il dubbio filologico viene il più sicuramente tolto, per mezzo del confronto con altre parti, della stessa legge, o con altre leggi; qui per determinare un fatto incerto, ricorriamo al confronto con altri principii certi della stessa legislazione. L'analogia è compiuta ed incontrastabile. Ecco semplici applicazioni di siffatta regola. Quando scorgiamo un' antinomia tra un dettato del tutto isolato, da un canto, e tra più dettati tutti conformi, ed appartenenti a tempi differenti, dall' altro, abbiamo argomento di supporre, che il vero intendimento del legislatore si trovi espresso, piuttosto in quella concordanza, che nella attestazione isolata (*g*). Così, se tra due testi contraddittorii, l' uno sia messo nel luogo, a cui direttamente appartiene la regola controversa, e l' altro sia in parte più lontana, ammetteremo che i compilatori, allorquando inserirono il primo, avvertissero chiaramente il suo significato ed il suo valore, potendo invece più facilmente accadere, che ciò non

(*g*) V' appartiene il caso della *L.* 5, § 3, *de praescr.* verb. (XIX, 5), ch' è in contraddizione con tanti testi di tempi differenti. Inoltre il caso della *L.* 23, *de don. int. vir.* (XXIV, 1), a cui s' oppongono tanti passi chiari ed indubitati (§ 164). Questo caso entra in pari tempo nel campo del § 44, perchè i testi contraddittorii ci convincono appunto, che quel testo, non può avere se non un significato storico, il che non avremmo potuto dedurre allorchè lo si avesse da sè solo preso in considerazione.

Digitized by Google

avessero avuto presente, allorchè inserirono il secondo, che dà luogo alla contraddizione; quindi ammetteremo che il primo testo, molto più sicuramente del secondo, esprima il pensiero del legislatore (*h*).

È vero, che sussiste sempre la dichiarazione precisa di Giustiniano, non esservi nella Compilazione antinomie (§ 44, *a*) ma che cosa vale quest' assicurazione a fronte del fatto evidente, ed a fronte del bisogno imperioso di togliere la contraddizione, ovunque ci si presenta? Sarebbe perfino lecito di dubitare, se quella dichiarazione sia stata sì seriamente fatta, da meritare tanto peso. La volontà di escludere le antinomie, v' era per certo, ma v' era pur quella d' evitare le ripetizioni e le ommissioni di testi importanti dell' antico diritto *similia e praetermissa*. Ora, riguardo alle ultime, è detto espressamente che potranno essere incorse per errore, ed a ragione, per iscusarsi, s' accenna alla debolezza dell' umana natura (*i*). Ma questa scusa, ed anche la confessione, cui si riferisce, convengono in tutto e per tutto anche alle antinomie, e pare, che solo per accidente, non sia pur di queste fatta espressa menzione.

Dopo di aver finora parlato delle antinomie fra' varii testi, appartenenti al complesso attuale de' nostri fonti (§ 42 e seg.), prenderemo in esame quelle, che per ipotesi, vi si aggiugnessero nell' avvenire (§ 21).

(*h*) Per questa ragione, converrà preferire il § 3, *J. de usufr.* alla *L.* 66, *de j. dot.* (XXIII, 3).

(*i*) *L.* 2, § 14, 16, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17).

Digitized by Google

In generale anche per questo caso, valgono le medesime regole. In ispecie poi anche qui la legge posteriore va preferita all'anteriore, onde ne viene la superiorità del Diritto provinciale *(Landrecht)* sul Diritto comune, ma, in questo caso eziandio, la regola generale non può applicarsi alle eccezioni della legge anteriore, che non sono necessariamente colpite dalla nuova legge modificatrice. — In tale proposito, abbiamo un' altra eccezione, affatto particolare, quella, cioè, che se la legge posteriore s'applica ad un territorio più esteso dell' antica, questa continuerà a sussistere, eccettuato il caso che la nuova abbia il carattere di legge assoluta (§ 16) (*k*). Indi l' antico proverbio: la volontà dell' uomo deroga al Diritto municipale, il Diritto municipale deroga al Diritto provinciale, il provinciale al Diritto comune (*l*).

(*k*) L. 3 § 5, de sepulchro viol. (XLVII, 12). La *lex municipalis* d' una città, permetteva la tumulazione entro le sue mura; Adriano la proibì posteriormente con una legge generale. Si dubitò quale delle due leggi avesse la preminenza ed in tal caso fu proferita la regola posteriore, generale, ma assoluta. — C. 1. *de const. in* VI (I, 2)... Romanus pontifex ... qui a ... locorum specialium ... consuetudines et statuta ... potest probabiliter ignorare: ipsis ... per constitutionem a se noviter editam, nisi expressa caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare. »

(*l*) Eichhorn, *Diritto privato germanico* § 30.

Digitized by Google

§ 46.

Interpretazione de' fonti nel loro complesso.

(Vuoti. Analogia.)

Quando nei nostri fonti di Diritto, non troviamo sufficiente argomento per risolvere una controversia di Diritto, dobbiamo riempiere il vuoto, che ci si presenta; perchè la stessa ragione che esige nel Diritto l'unità, lo vuole anche completo (§ 42), e per ciò si domanda dove potremo cercare siffatto compimento. Per quanto varie sieno le opinioni degli autori su tale argomento, si possono, però, ridurre in sostanza a due principali. Per la prima, si ammette un Diritto regolare generale (il Diritto naturale), che farebbe le parti di sussidiario d'ogni Diritto positivo, in simil modo, come in Germania, il Jus romano supplisce a' vuoti dei varii Diritti provinciali. Non ci perderemo qui a combattere quest'opinione, la quale non è se non una particolare applicazione d'un principio, che abbiamo già in generale rifiutato (§ 15). Per la seconda, il nostro Diritto positivo si compie da sè medesimo, ammettendosi in lui una forza creatrice organica. Secondo l'idea fondamentale, che noi ci facciamo, del Di ritto positivo (§ 5), ci conviene ammettere per giusta e necessaria siffatta dottrina, la quale, in sostanza, è pur quella che abbiamo seguita, allorchè si trattò del modo di stabilire l'unità, togliendo le contraddizioni (§ 45). La rela-

Digitized by Google

zione, in cui i principii di Diritto, trovati per mezzo di tale procedimento, stanno col Diritto positivo dato, è da noi detta *analogia* (*a*), ed a questa dobbiamo ricorrere per riempiere ogni vuoto che ci si presenti.

Questo rinvenimento del Diritto mancante, per mezzo dell'analogia, è suscettivo di due gradazioni. Primieramente, allorchè ci si presenti un rapporto di Diritto nuovo, prima ignorato, per cui quindi nel Diritto positivo, dianzi formato, non abbia alcun istituto di Diritto, che ci possa servire di tipo. In tal caso converrà creare del tutto siffatto istituto primitivo di Diritto, modellandolo secondo l'intrinseca sua affinità con quelli, che conosciamo. In secondo luogo, ed è il caso più frequente, quando in un istituto di Diritto, già conosciuto, occorra una questione di Diritto nuova, la quale si risolva, secondo l'affinità intrinseca dei principii, che reggono quell'Istituto; nel che assume un particolar valore il giusto apprezzamento della ragione delle singole leggi (§ 34). — La determinazione del Diritto per mezzo dell'analogia può, in ambedue i gradi, essere strumento al progresso del Diritto, p. e. per mezzo della legislazione, nel qual caso può essere trattata con maggiore libertà; talvolta, e noi qui appunto sotto tale aspetto la consideriamo, può essere semplicemente un modo d'inter-

(*a*) Anche i Romani, Varrone *de ling. lat.* Lib. 10, (nelle antiche edizioni 9) C. 3-6, Quintiliano, I. C. 6, Gellio II. C. 25, Isidoro I. C. 27, usarono nello stesso senso quest'espressione. Sulla vera natura dell'analogia, parla assai bene Stahl, nella *Filosofia del diritto*, II, 1, p. 166.

Digitized by Google

pretazione, quando per avventura siano sottoposti alla decisione di un Tribunale il nuovo rapporto o la nuova questione di Diritto. Esporremo ora alcune considerazioni più particolari su questo modo di applicazione dell' analogia.

Qualunque applicazione dell' analogia si fonda sulla premessa dell' intima coerenza del Diritto, la quale non è sempre puramente logica, come la semplice relazione di principio e conseguenza, ma è ad un tempo organica, che risulta, cioè, dalla considerazione complessiva della natura pratica dei rapporti di Diritto e degli instituti, che li dominano (§ 4 e 5). Dobbiamo, adunque, sempre muovere da un elemento dato, per giugnere, sviluppandolo, a risolvere la questione proposta. Tale elemento dato, può essere una legge determinata, ed allora la decisione si chiama *ex argumento legis*, ma per lo più consisterà in quelle parti integranti della teorica del Diritto, che già vennero formate per la via artifiziale dell' astrazione. In ogni caso, però, questo procedimento, essenzialmente differisce dall'interpretazione estensiva, di cui abbiamo già tenuto discorso (§ 3), e colla quale suol essere sì di frequente confuso. Infatti, l' interpretazione estensiva, non serve a riempiere un vuoto del Diritto, ma soltanto a rettificare un' espressioue impropria della legge per mezzo del vero pensiero, ch'ella voleva esprimere; allorquando, invece, ricorriamo all' analogia, noi ammettiamo che manchi, nonchè la vera espressione, la disposizione di legge medesima, e cerchiamo di togliere questo vuoto per mezzo dell' unità organica del Diritto.

L' interpretazione, per mezzo dell' analogia, cessa d' es-

Digitized by Google

sere applicabile, quando l'elemento dato, da cui scendiamo, ha il carattere di eccezione ad una regola. In tal caso, l'applicazione dell'analogia, dovrà per lo più rigettarsi pel solo motivo, che ne manca la condizione essenziale, il difetto di regola. Se per esempio una legge non sia stata abolita, se non *in parte*, da una legge posteriore, tutto ciò che non fu abrogato, continua a sussistere (*b*), e se noi volessimo, anche a questo estendere l'abolizione, nol faremmo per analogia, perchè non ci manca punto una regola, ma sibbene per interpretazione estensiva, ma arbitraria e senza fondamento. — Lo stesso sarebbe se volessimo estendere per analogia i privilegii propriamente detti (§ 16), perchè in tale materia, la vera regola di Diritto non manca mai. — E pur le medesime condizioni s'avrebbero, quando si dovesse allargare, al di là de' suoi confini immediati, un Diritto anomalo, o *Jus singulare* (§ 16), imperocchè anche in tal caso ci sta di fronte una regola, che verremmo anzi, con tale estensione, a turbare. — Essendo questo caso, più frequente e più importante di tutti, occorre che lo assoggettiamo ad un più attento esame. Talvolta alcuno potrebbe voler giovarsi d'un simile Diritto anomalo, non tanto per estendere l'eccezione da esso stabilita, quanto piuttosto per risolvere, secondo quel principio, una controversia di Diritto, non ancora decisa; allora avremmo veramente il *caso* dell'analogia, nè sarebbe quindi applicabile quel motivo

(*b*) Ne abbiamo un esempio nella *L.* 32, § 6, *C. de appell.* (VII, 62). — Vedi anche Thibaut, *Interpretazione logica*, § 20.

Digitized by Google

di esclusione, che abbiamo testè accennato. Ad onta di questo, per altro, il principio di Diritto anomalo, non potrebbe giovare per decidere per analogia, e conviene invece ricorrere ad un principio affine del Diritto normale, imperocchè l'interpretazione per analogia si fonda unicamente sull'intimo legame del sistema di Diritto, e le regole anomale sono desunte da principii stranieri e soltanto innestate nel sistema di Diritto (§ 16), a tal che, non può loro attribuirsi la forza organica e creatrice del Diritto normale.

I Romani hanno idee assai giuste sul compimento del Diritto per mezzo dell'analogia, solo che nell'applicazione non distinguono dappertutto la formazione del Diritto, dall'interpretazione pura; le ragioni di siffatta confusione saranno accennate più innanzi. Pei loro principii, inoltre, allorchè si presenti un caso di Diritto, non compreso dalla legge, il Diritto dato dev'essere esteso secondo la legge di intrinseca somiglianza ed affinità, fino che giunga a risolvere la questione (c). Le forme, colle quali il Diritto

(c) *L.* 12, *de leg.* (I, 3) « ad similia procedere. » *L.* 27, *eod.* « quae quandoque similes erunt. » *L.* 32, *pr. eod.* « quod proximum et consequens si est. » *L.* 2, § 18, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), nella quale l'imperatore Adriano dice, che il complemento graduato dell'Editto deve farsi « ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes ». — Giustiniano medesimo accenna questo caso, non tra ciò che fosse stato *praetermissum* (cioè i testi ommessi di antichi giureconsulti) nel § 16, *eod.*, ma tra i nuovi *negotia* nel § 18. Mostreremo più avanti, com'egli vuole, che sia deciso.

Digitized by Google

viene così organicamente ampliato, sono principalmente le *finzioni* (*d*) e le così dette *utiles actiones*. Queste forme assicurano, in pari tempo, l' intimo legame del Diritto nuovo col vecchio, e mantengono così l'unità sistematica dell'assieme. Un esempio, nel quale veggiamo grandiosamente attuato siffatto procedimento, è la *bonorum possessio*, che, nel completo suo svolgimento, non ci apparisce se non come una finzione della *hereditas* (*e*). — Però gli antichi giureconsulti si dichiarano contrarii, nel modo più risoluto, all' estensione per analogia di ogni *Jus singulare* (*f*), e questa esclusione di massima, viene confermata con varie notevoli applicazioni anche ne' particolari. Chi, a modo d' esempio, compera una cosa da un mentecatto, ch' egli reputa sano di mente, ha l' usucapione in forza d' un Diritto anomalo, ma cadrebbe in errore chi volesse, per analogia, considerar valida la vendita anche sotto altri aspetti (*g*). Chi dà in pegno una cosa, che sta usucapendo, continua, in via anomala, nell' usucapione, ma s' ingannerebbe chi gli volesse, per coerenza, conservare anche altri diritti di possesso, i

(*d*) Vedi specialmente Gajo, IV, § 10, § 33-38.

(*e*) Ulpiano, XXVIII, § 12, *L.* 2, *de B. P.* (XXXVII; 1), *L.* 117, *de R. J.* (L, 17).

(*f*) *L.* 14, *de leg.* (I, 3) « Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias » (ripetuta nella *L.* 141, *pr. de R. J.*) *L.* 162, *de R. J.* (L, 17). « Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi ».

(*g*) *L.* 2, § 16, pro emtore (XLI, 4).

Digitized by Google

quali anzi competono tutti al creditore (*h*). Quando all'opposto in varie altre applicazioni veggiamo esteso per analogia un principio di Diritto anomalo, dobbiamo attribuirlo ad una confusione dell'interpretazione colla formazione del Diritto, della quale parleremo ben presto.

§ 47.

Dettati del Diritto romano sull' interpretazione.

Il Diritto romano riconoscendo la decisiva autorità dell' interpretazione autentica (*a*) e così pure quella della usuale (*b*), non stabilisce con ciò un principio speciale, anzi non fa, se non ammettere una conseguenza del fatto, che la legge e la consuetudine debbono riconoscersi per fonti di Diritto. Quello che importa, è il posto che vuolsi assegnare all' interpretazione detta dottrinale (§ 32), che è l'unica vera, ed il semplice riconoscimento dell'interpretazione autentica ed usuale nulla ancora decide.

Sulla vera interpretazione, gli antichi giureconsulti ci danno nel Digesto alquante regole, di cui noi abbiamo nella massima parte tratto profitto nello svolgere la dottrina dell' interpretazione, in quanto che si servivano a vicenda di

(*h*) *L.* 16, *de usurp* (XLI, 3), *L.* 36, *de adqu. poss.* (XLI, 2. — Lo stesso riscontrasi nella *L.* 23, § 1, *L.* 44, § 1, *de adqu. poss.* (XLI, 2), *L.* 43, § 3, *de fid. lib.* (XL, 5).

(*a*) *L.* 12, § 1. *C. de leg.* (I, 14).

(*b*) L. 23, 37, 38, *de legibus*, (I, 3).

Digitized by Google

illustrazione e di complemento. Siffatte regole sono buone per sè stesse, e quali si dovevano attendere da loro autori; ma rimangono tuttavia insufficienti, ed in ispecie non contemplano il caso, affatto speciale, della legislazione giustinianea, che non poteano prevedere. — Allorchè poi si confronti la loro pratica colla teorica, che hanno prima stabilita, è facile il vedere che l' una all' altra pienamente non corrisponde; anzi per lo più trascendono i confini della vera interpretazione ed entrano nel campo della formazione del Diritto; in ispecie poi desumono, dalla ragione della legge, spiegazioni estensive, le quali non rettificano soltanto l' espressione, ma correggono piuttosto la legge, ed allora non si tratta più certamente d' interpretazione; anzi talvolta perfino estendono per analogia un *Jus singulare*, benchè il farlo sia in diretta contraddizione (*c*) col principio, da essi medesimi stabilito (§ 46). Tale contraddizione, si spiega colla posizione tutta propria de' romani giureconsulti, per cui essi provvedevano, più direttamente di quello posson fare i moderni, alla formazione del Diritto (§ 19). Per essi, adunque, l' *interpretatio* non era soltanto l' interpretazione propriamente detta, ma la dottrina, le tradizioni, tutto quello che di sopra abbiamo qualificato come Diritto

(*c*) Così estesero allo sposo il divieto di alienare il *fundus dotalis*, L. 4, *de fundo dot.* (XXIII, 5); — estesero alle persone civili in paese nemico le forme libere del testamento militare, L. *un. de B. P. ex test. mil.* (XXXVII, 13); — estesero alla moglie le regole di competenza concernenti il marito, L. 20, *de re jud.* (XLII, 1). — In questi tre casi il Diritto, che viene esteso, è appunto un *jus singulare*.

Digitized by Google

scientifico (§ 14, 19, 20), e tutto con quella libertà d'azione, che loro in Roma si concedeva (*d*). Però anche gli antichi giureconsulti, riconobbero forse l'incertezza de' confini, per tal modo segnati fra il loro assunto, e le attribuzioni del pretore, o della stessa potestà imperiale, e sembra appunto che ciò volessero significare, quanto riguardo a varii passi lasciarono indeciso se un ampliamento del Diritto dovesse farsi per mezzo loro, o piuttosto ad opera del pretore, o dell'imperatore (*e*). — Ma, prescindendo anche da tale maggiore libertà d'azione, di cui godevano i giurisperiti romani, a confronto de' moderni, vuolsi ammettere ch'essi aveano anche mezzi più estesi di applicazione, essendo così prossimi all'origine dei loro fonti di Diritto, per modo che potevano direttamente conoscere a che cosa si mirasse con taluna espressione, non abbastanza precisa, e qual senso vi avessero attribuito i suoi autori (*f*). — In tutti questi ri-

(*d*) Su questo significato della voce *interpretatio*, si vegga la L. 2, § 5, *de O. J.*, la *Storia del Diritto* di Hugo, p. 441 dell'11.ª ediz., ed il *Diritto consuetudinario* di Puchta I, pag. 16 e seg.

(*e*) L. 11, *de leg.* (I, 3) « *aut* interpretatione, *aut* constitutione optimi principis » ... L. 13, *eod.* « *vel interpretatione vel certe* giurisdictione suppleri. »

(*f*) Così per esempio, il pretore avea promesso un interdetto pel caso d'una « *operis* novi nunciatio. » (L. 20, *pr. de O. N. N.* XXXIX, 1). Vi fu attribuito il senso, che parlasse solo d'un cangiamento fatto al suolo, ed anzi solo al suolo d'un edifizio, (L. 1, § 11, 12, *eod.*). — Altrove l'editto diceva: « quod vi aut clam *factum est.* » (L. 1, *pr. quod vi*, XLIII, 24). Anche quì l'editto, per interpretazione, non s'applicava

Digitized by Google

guardi noi siamo in condizioni ben diverse, e specialmente quando si tratti di interpretare, non già le nostre leggi nazionali, ma quelle per noi sì remote di Giustiniano. Le difficoltà sono adunque d' assai maggiori, ma qui, come in molti altri casi, gli sforzi fatti per superarle, non andarono infruttuosi. Il concetto della vera interpretazione e l' assegnamento de' suoi confini ottennero appo noi uno svolgimento sì rigorosamente definito, quale non fu mai presso i Romani, che non erano costretti da uguale necessità.

Sotto gl' imperatori, e specialmente dopo la metà del terzo secolo dell' era cristiana, le condizioni insensibilmente si mutarono del tutto. Il Diritto cessò d' essere modificato dagli editti delle magistrature, e la primitiva posizione indipendente della classe de' giureconsulti, sarebbe stata incompatibile col completo svolgimento, cui giunse il potere imperiale; vuolsi però dire, che non ne avrebbe potuto più essere questione, anche perchè la scienza del Diritto non continuava a sussistere, se non nelle opere degli antichi giureconsulti, nè avea quasi più rappresentanti viventi. Sarebbe stata tutt' al più ancora possibile una interpretazione ad opera de' giudici, nè ci dobbiamo sorprendere, se anch' essa fu assoggettata a norme del tutto nuove ed arbitrarie, le

se non ad *opus in solo*, ma invece di limitarlo al caso che si trattasse di edifizii, fu esteso anche ai campi, ed agli alberi, ec. (L. 7, § 5 *eod*) Siffatte restrizioni e distinzioni non erano solo di parole, ed ancora meno arbitrarie, ma erano anzi fondate sopra una cognizione tradizionale dei casi e dei bisogni, pei quali dovea provvedere l' editto.

Digitized by Google

quali furono compiute soltanto sotto Giustiniano, ma ebbero principio lungo tempo prima di lui. — Così Costantino prescrive (*g*): ***Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*** Il che significa: « l' introdurre, per mezzo dell' interpretazione, un principio dell' ***aequitas***, modificatore dello stretto Diritto, compete al solo imperatore. » Egli è manifesto, non trattarsi qui d' interpretazione pura, ma sibbene di formazione progressiva del Diritto, e precisamente di una conquista dell' ***aequitas*** sul campo dello stretto Diritto dianzi sussistente. L' imperatore qui riserba unicamente a sè medesimo questa facoltà, che prima veniva d' ordinario esercitata dall' Editto del pretore, e di sovente anche da' giureconsulti; nè altro poteva attendersi dal cangiamento sorvenuto nella costituzione politica. — Un decreto di Valentiniano e Marziano dice spettare all' imperatore il togliere le oscurità, che vi fossero nelle leggi, e mitigarne il rigore. Però qui da un lato non è riserbata affatto esclusivamente all' imperatore tale facoltà, ma si allude all' uso, già da lungo tempo stabilito, delle consultazioni, quale mezzo più sicuro; dall' altra, combinando le due parti del periodo, si potrebbe ammettere che il legislatore intendesse parlare soltanto di quelle spiegazioni della legge, che importano ad un tempo una mitigazione, e quindi una vera riforma del

(*g*) L. 1, C. *de leg.* (I, 14), oppure L. 3. C. *Th. de div. rescr.* (I, 2) scoperta di recente. — Vedi sopra § 36, nota *f*.

Digitized by Google

Diritto (*h*). — Finalmente è prescritto, che i dubbi sopra un Diritto nuovo, non ancora stabilito per mezzo della consuetudine, debbano essere sottoposti all' imperatore (*i*), ma anche qui è lasciato incerto, se ciò si riferisca a dubbi sull' interpretazione della legge, o piuttosto sulla sussistenza d' un Diritto consuetudinario compiuto.

Molto più ricise e radicali sono le costituzioni emanate da Giustiniano stesso su tale argomento. La prima è dell' anno 529, poco tempo dopo la promulgazione del Codice primitivo (*k*). L' andamento delle idee in essa esposte è, in breve, il seguente: « Nelle antiche leggi (*l*) sorgere il dubbio, se le interpretazioni della legge, procedenti dall' imperatore, abbiano forza obbligatoria. Siffatto dubbio sofistico essere però ridicolo, e venir tolto colla legge attuale. Ogni interpretazione di legge, la quale proceda dall' imperatore, sia in forma di rescritto *(sive in precibus)*, sia

(*h*) L. 9. *C. de leg.* (I, 14) « ... Si quid vero in iisdem legibus ... obscurius fuerit, oportet id Imperiali interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari ». È a presso a poco il principio della Nov. Martiani, 4, nella quale mancano appunto le ultime parole (da *duritiamque* in poi).

(*i*) L. 11, *C. de leg.* (I, 14) di Leone e Zenone.

(*k*) L. 12, § 1, *C. de leg.* (I, 14).

(*l*) « In veteribus legibus invenimus dubitatum ». Con queste parole, non si possono aver designati che testi d' antichi giureconsulti, forse de' primi tempi del governo imperiale, quando la forza obbligatoria de' rescritti, non era ancora indubbiamente riconosciuta, e quindi ancora prima di Gajo.

Digitized by Google

in forma di sentenza, *(sive in judiciis)* (*m*), o sia in qualunque altra forma (come p. e. in una legge che autenticamente interpreti), dover essere obbligatoria ed invariabilmente osservata. Infatti, non potendo, secondo l'attuale ordinamento politico, far leggi se non l'imperatore, lui solo può anche interpretarle. Se all'imperatore esclusivamente non competesse il diritto d'interpretazione, perchè mai ad esso ricorrerebbero tutte le magistrature giudiziarie, allorchè dubitano del significato d'una legge? (*n*). E chi potrebbe togliere le oscurità della legge, se non quegli che solo può far leggi? Sparisca, adunque, ogni dubbio ridicolo, e si riconosca essere l'imperatore, non soltanto l'unico legislatore, ma altresì l'unico interprete. La nostra costituzione non limitare, però, il diritto conferito in tale argomento dagli imperatori agli antichi giureconsulti ». (*o*) —

(*m*) Queste parole ammettono un doppio significato. *Preces*, può applicarsi a tutti i rescritti, *judicia* ai decreti, sicchè per altre forme rimarrebbero gli editti ed i mandati. Ma *preces*, si può anche restringere a significare i rescritti privati, sicchè in tal caso *judicia* verrebbero a comprendere, oltre ai decreti, anche i rescritti emanati dietro consultazioni. La prima spiegazione, ci sembra tuttavia più semplice e più naturale; tanto più che il *principium* della legge, parla soltanto di decreti, e li pone così in risalto.

(*n*) « Si non a nobis interpretatio mera procedit? »

(*o*) Il che significa « le interpretazioni contenute negli scritti di Papiniano ec. continueranno ad avere quella autorità di legge, che fu loro attribuita dalla costituzione di Valentiniano III ». In fatto, tale costituzione non fu abolita se non quattro anni dopo, colla pubblicazione del Digesto.

Digitized by Google

In questa costituzione hannovi due dettati affatto differenti; primo, viene stabilita la forza obbligatoria dell' interpretazione imperiale, sotto qualsiasi forma; secondo, è proibita qualunque interpretazione privata. La parte, veramente nuova ed importante, è questo divieto; tuttavia anche l' altra ha uopo d' essere alquanto illustrata. Quanto a questa, adunque, Giustiniano evidentemente non intende prescriver nulla di nuovo, ma soltanto inculcare più precisamente e garantire da vani dubbi, quello che propriamente s' intende da sè, ed appunto per questo, nulla dice sul *modo* dell' efficacia dell' interpretazione imperiale, rimettendo la cosa ai principii dianzi sussistenti. L' interpretazione, contenuta in un editto, doveva adunque essere obbligatoria per ciascuno, al pari d' ogni altra legge; quella contenuta in un decreto, che fosse sentenza definitiva, doveva, come stabilisce il *principium* della legge, servire anche per tutti i casi avvenire; ed invece quella contenuta in una interlocutoria, od in un rescritto (il quale del resto non veniva mai pubblicato), non aveva autorità, se non pel caso speciale, in cui era stata data. Perciò s' inganna a partito chi ammette, che in forza di tale costituzione, i rescritti interpretativi avessero autorità di legge anche per altri casi futuri (§ 24), come il *principium* lo ammette pe' decreti, che siano sentenze definitive; confrontando fra loro le due parti del testo, non può rimaner dubbio sulla differenza assoluta tanto dell' espressione, quanto del motivo del diverso trattamento nell' uno e nell' altro caso.

La seconda disposizione di Giustiniano sull' interpreta-

Digitized by Google

zione, trovasi nel seno della patente promulgatoria del Digesto dell'anno 533, cioè nella *L.* 2, § 21, *C. de vet. jure enucl.* (I, 17). S'attiene al divieto di scrivere opere di legge e lo compie nel modo che segue: « Essere interdetti i libri ed in particolare i commenti sulle leggi. Se v'abbia dubbio sul senso d'una legge (*p*), doverlo i giudici sottoporre alla decisione dell'imperatore, essendo questi, il solo legislatore e quindi anche il solo legittimo interprete (*q*).

§ 48.

Dettati del Diritto romano sull' interpretazione.
(Continuazione.)

Ambedue le concordanti leggi d'uguale tenore sono così assolute che sul primo momento saremmo tentati a non prenderle alla lettera, ma ogni dubbio deve sparire quando si consideri, come più volte fu ripetuto, che la facoltà d'interpretare compete al solo legislatore, e che continuamente sono la legislazione e l'interpretazione poste a confronto; e per fermo se nessun altro, fuorchè l'imperatore, poteva far leg-

(*p*) « Si quid vero . . . , *ambiguum* fuerit visum » ec. Il che non vuolsi punto riferire soltanto alle espressioni ambigue di una legge, le quali pei principii di Giustiniano non potevano assolutamente essere risguardate come alcun che di particolare, comprendendo anzi dubbi e difficoltà d'ogni fatta, e quindi tutto ciò, che può rendere necessaria l'interpretazione, precisamente come le *omnes ambiguitates judicum* nella L. 12; § 1, *cit.*

(*q*) « Cui soli concessum est leges *et condere et interpretari.* »

Digitized by Google

gi, nessun altro, per piena parità di cosa, potea validamente interpretarle. Non era d'altra parte, se non la coerente applicazione di quel principio medesimo, che aveva ispirato il divieto della futura scienza del Diritto (§ 26). Tuttavia, pur sussistendo il divieto, poteva ancora concepirsi una libertà d'interpretazione concessa ai giudici; ma la seconda prescrizione, che ordina ai giudici a dirittura di ricorrere all'imperatore, qualora eglino avessero alcun dubbio sul significato d'una legge, ci mostra che Giustiniano così non la intendeva; anzi non ammettendola, egli era ancora più consentaneo a sè stesso. Chiunque aveva a trattare le leggi, e professori e giudici, non dovevano fare se non un'opera meccanica, rimanendo assolutamente esclusa qualunque libera operazione intellettuale. Le così fatte prescrizioni movevano tutte da uno stesso spirito. Ad alcuno potrebbe poi sembrare incoerenza che Giustiniano a un tempo ingiungesse di conciliare, *subtili animo*, le apparenti contraddizioni de' testi (§ 44); ma con ciò ei non alludeva a una interpretazione virtuale, che certo non era nel suo concetto, ma al cercare una parola nascosta, che spiegasse la differenza dei casi, e quindi abbiamo sempre una operazione soltanto meccanica. Potrebbe, inoltre, sembrare incoerenza, che nel Digesto venissero inserite tante regole d'interpretazione, da presupporre molta maggiore libertà d'operazione, mentre poi al giudice non concedevasi facoltà di applicarle. Ma, e non vi sono, oltre ad esse, anche regole sulla compilazione delle leggi (*a*)?

(*a*) L. 3, 4, 5, 6, 7, 8, *de leg.* (I, 3); L. 2, *de const. princ.* (I, 4).

Digitized by Google

E tuttavia Giustiniano non intendeva certamente di chiamare i suoi sudditi a prender parte alla legislazione. E le une e le altre regole dovevano innanzi tutto mostrare in qual modo l'imperatore avrebbe fatte ed interpretate le leggi, e di più servir d'istruzione a que' magistrati, ch'egli avesse di tale ufficio incaricati. Nè in ciò troviamo incoerenza.

Gli autori moderni, però, cercarono di dare un senso più mite a tali prescrizioni di Giustiniano. Secondo essi, la vera interpretazione, fondata su regole ermeneutiche, sarebbe rimasta totalmente libera, e quella ordinanza non avrebbe riserbato all'imperatore il diritto d'interpretazione, se non nel caso di leggi affatto impossibili ad intendersi e per le quali a nulla riuscisse l'ermeneutica (*b*). Se non che, prima di tutto, noi non crediamo che si dieno leggi, rispetto alle quali debba riuscir vana assolutamente l'arte dell'interpretazione, anzi una prescrizione, di simil tenore, ci sarebbe incompatibile in bocca di Giustiniano. Giustiniano è tanto superbo dello splendido successo della sua impresa che dichiara fran-

(*b*) Thibaut, *Interpretazione logica*, p. 25, 47, 112. Hufeland, *Spirito del Diritto romano*, I; p. 121. Mühlenbruch, I, § 54. — Hufeland ha ciò di particolare, che restringe questa interpretazione alla L. 2, § 21, *cit.*; e spiega invece (pag. 46-51) la L. 12, § 1, *cit.* in modo, che il divieto debba valere soltanto pel caso, che l'imperatore abbia già egli medesimo interpretato. Questa restrizione, di cui la legge non offre la minima traccia, è assolutamente contraddetta dalla ragione, con cui Giustiniano appoggia il divieto medesimo, « a che consultare, se l'interpretazione non ispettasse al solo imperatore? » L'imperatore non avea certo ancora interpretato, nel momento che si veniva a consultarlo.

Digitized by Google

camente non contenere i suoi Codici contraddizione di alcuna sorta, benchè, per quanto grande pur fosse la sua diligenza, difficilmente elle s' avrebbero potuto evitare. Ed egli ammetterebbe poi che in quegli stessi Codici sì perfetti vi fossero leggi affatto inintelligibili e quindi pessime? Egli risguarderebbe questo caso come sì importante e sì frequente da reputar necessarie, su tale argomento, due leggi in due differenti anni? Tutte le considerazioni generali rendono adunque assolutamente rifiutabile tale spiegazione; gli argomenti speciali poi addotti a suo sostegno sono deboli, in maniera incredibile. Nella *L.* 9, *C. de leg.*, dicono, leggersi: quid.... *obscurius* fuerit, e ciò significare una oscurità insuperabile. Ma, prescindendo anche dal non essere tale espressione in una delle due ordinanze di Giustiniano, che ora appunto occorre di spiegare, quel comparativo, qui usato assolutamente, ha piuttosto il senso di mitigare la forza dell' espressione, come se fosse detto: un poco oscuro, non del tutto chiaro. Inoltre, continuano, l' ordinanza anteriore, dice quello che l' imperatore riserva a sè medesimo, cioè *legum aenigmata solvere*, vale a dire: spiegare i testi non ispiegabili. Ma per ciò che risguarda la parola enigma, vuolsi considerare, ch'essa tanto poco presenta l' idea d'una difficoltà insolubile, che gli enigmi non sogliono d'ordinario esser fatti se non per essere indovinati. Di più, da altri testi di Giustiniano chiaro emerge che, nel suo stile alquanto gonfio, enigma significa qualunque difficoltà, e non soltanto le insuperabili (*c*). Sif-

(*c*) Nella *L. un. C. de nudo j. quir.* (VIII, 25) si legge: « nec *jure Quiritium* nomen quod nihil ab aenigmate discrepat. » Per mezzo di Ul-

Digitized by Google

fatta spiegazione delle ordinanze di Giustiniano è quindi tanto rifiutabile, sotto di ogni aspetto, che i valenti suoi difensori certamente non vi ricorsero, se non perchè spinti da una estrema necessità; e di tale necessità e dei mezzi di rimediarvi parleremo nel paragrafo che segue.

Stabilito così il senso delle prescrizioni di Giustiniano, vuolsi ora aggiungere, per qual modo di applicazione, egli avvisasse d'introdurle nella pratica. È chiaro, che ad ogni dubbio sul significato d'una legge, si dovea consultare l'imperatore; le consulte, però, non davan luogo ad interpretazioni autentiche per via di editti, ma soltanto a rescritti, che aveano forza obbligatoria, unicamente per quel caso e nulla più. Questo stato di cose, pare essersi conservato uguale anche ne' tempi successivi; imperocchè quando, ott'anni dopo l'introduzione del Digesto, la Novella 113 destituì dall'autorità di legge i rescritti privati (§ 24), Giustiniano soggiunse espressamente, che continuavano a sussistere, come prima, le consulte ed i rescritti, relativi al-

piano, e molto meglio ancora dopo la scoperta di Gajo, noi conosciamo il significato di questo termine tecnico; a' tempi di Giustiniano, quando aveansi tante *Institutiones* ecc. compite, la difficoltà era ancora minore. — Del pari la *L.* 1, § 13, *C. de vet. j. enucl.* (I, 17), proibisce i *siglorum compendiosa enigmata.* Tuttavia qualunque amanuense bastava a spiegare le sigle, ed eranvi anche allora opere, che ne indicavano il significato, nominatamente quella di Valerio Probo. — In ambedue i testi, adunque *aenigma*, non vuol dire alcun che d'inaccessibile all'intelligenza, ma bensì quello che si deve imparare, e che non si può conoscere colla pratica giornaliera, ma bensì con alcuno studio.

Digitized by Google

l' interpretazione di leggi. Ancora più tardi (nell' anno 544) la Novella 125 vietò anche le consultazioni (§ 24), però senza aggiugnere quella espressa riserva. Tuttavia dev' essere considerata come sottintesa, non potendosi per nium modo comprendere come Giustiniano volesse ristabilire indirettamente e di soppiatto l' interpretazione privata, da lui replicate volte e nel modo più solenne proscritta. Quindi il divieto non mirava fuor di dubbio, se non alle consultazioni propriamente dette, le quali richiedevano dall' imperatore, ch' egli medesimo decidesse la controversia di Diritto, cioè, estendesse (come le nostre Facoltà (*)) la sentenza in luogo del giudice, e le domande d' interpretazione di leggi, non ne doveano essere minimamente colpite.

Però tale procedimento, chiaramente prescritto da Giustiniano, non è senza pratiche difficoltà. Taluno potrebbe pensare, ch' egli avesse ad essere tanto sopraffatto da consulte, da non rimanergli agio per qualunque altro atto di governo. Non dobbiamo lasciarci illudere dal fatto, che i giudici moderni, anche non singolarmente istrutti, sanno trovare una guida bastevole nelle leggi di Giustiniano. Questi hanno l' amichevole sussidio d' un libro scolastico, o d' un trattato che riassume loro, nel modo più comodo, l' utile frutto del lavoro e delle tradizioni di sette secoli. Supponiamo ora, che tutto questo lavoro non ci sia, e poniamo a fronte del *Corpus Juris*, e ristretto alle sole sue proprie forze, un giudice ignorante, come sarebbero tutti, se fos-

(*) Vedi la nota (*) a pag. 126.

Digitized by Google

sero state sempre seguite le ingiunzioni di Giustiniano, relativamente alla scienza del Diritto. Noi crediamo, che se il giudice fosse coscienzioso, passarebbero ben pochi giorni di sessione, senza ch' egli ricorresse per interpretazione al legislatore; il quale però, in un grande Stato, non potrebbe sostenere nemmeno il lavoro necessario, per tener dietro all' amministrazione della giustizia. Nell' impero di Giustiniano, quelle leggi non debbono aver prodotto tanto effetto, altrimenti l' imperatore non avrebbe, ott' anni dopo l' introduzione del Digesto, quando cioè poteva essere ammaestrato dall' esperienza, ripetuto la prescrizione che si facessero consulte per ottenere l' interpretazione delle leggi (*d*). Per ispiegare questo fatto singolare, basta considerare che non di rado forze opposte conducono alla stessa meta. L' intelligenza e le cognizioni fanno sì che il giudice, cui sia permessa l' interpretazione, non provi nemmeno il bisogno di consultare il legislatore. Nell' impero di Giustiniano i giudici, cui era vietata l' interpretazione, sarannosi tratti d' impaccio, coll' indifferenza e coll' arbitrio, senza ricorrere a troppo frequenti consultazioni, a cui l' imperatore non avrebbe potuto supplire.

(*d*) *Nov.* 113, *Cod.* 1, *pr.* dall' anno 541.

Digitized by Google

§ 49.

Valore pratico dei dettati del Diritto romano sull' interpretazione.

Esposte così le disposizioni del Jus romano sull' interpretazione (§ 47, 48), dobbiamo ora investigare quale valore abbiano per noi, ne' paesi ove quel Jus è ancora in vigore. Tale questione è manifestamente affine a quella dello stesso nome, che abbiamo già risolta, sui fonti di Diritto (§ 27), ma ad un tempo, però ne differisce. Infatti là, si trattava della formazione del Diritto, che per sè appartiene al Jus pubblico; qui invece, dell' attuazione di esso, cioè, del modo, con cui i cittadini debbano servirsene; e perchè il Diritto romano non regolerebbe questa materia, come tutte quelle di Diritto privato?

Soltanto converrebbe escludere per ragioni di forma, una costituzione di Giustiniano, la *L.* 3, *C. de vet. jure enucleando*, perchè appartiene ai testi restituiti; ma tale esclusione, non è di alcun momento, giacchè quel testo non è se non la compilazione greca di quello che immediatamente precede (*L.* 2, *eod.*), nè ha quindi un tenore suo proprio, che sia differente.

Una parte dei testi, che soglionsi in questa classe annoverare, deve indubbiamente essere ammessa come decisiva; e per essa intendiamo le leggi, nelle quali Giustiniano si spiega sulla natura e sullo scopo delle sue Rac-

Digitized by Google

colte, e de' varii elementi, ond' erano composte. Quando, verbigrazia, egli dice che i testi de' giureconsulti nel Digesto ed i rescritti nel Codice, non doveano considerarsi come semplici istruzioni dottrinali, ma sibbene come vere leggi, procedenti da lui medesimo, non abbiamo tanto una regola d' interpretazione, quanto piuttosto un brano di patente promulgatoria; imperocchè veramente non determina quello che noi dobbiamo fare, ma bensì il valore di quanto egli medesimo fece. Presso a poco lo stesso, ma non in senso così assoluto, potrebbe dirsi anche delle vere regole d' interpretazione, le quali in sostanza significano: « tutti i testi del Digesto e del Codice deggion essere intesi, secondo queste regole d' interpretazione, perchè io li ho inseriti colla premessa dell' esistenza di tali regole; in ugual maniera vanno intese anche le mie leggi future e quelle de' miei successori, esercitando noi, in questa supposizione, il nostro potere legislativo ». Ciò posto, le regole d' interpretazione, sarebbero, in certo qual modo, per ogni testo staccato, una specie di interpretazione autentica, e converrebbe fare la distinzione che segue. Le regole del Jus romano sull' interpretazione, sarebbero applicabili o legalmente obbligatorie per le Raccolte di Giustiniano, per le sue Novelle, e per le leggi de' successivi imperatori greci, che fossero state da noi ricevute; non pel Jus canonico, per le leggi dell' Impero germanico e per le nostre leggi provinciali; imperocchè Giustiniano, non poteva voler determinare, con una specie di fedecommesso legislativo perpetuo, in quale senso nell' avvenire, papi, imperatori e principi

Digitized by Google

alemanni, fossero stati per esercitare il loro potere legislativo (*a*).

Tali sarebbero le cose, sotto un aspetto generale, e semplicemente di forma, e le regole d' interpretazione del Jus romano avrebbero largo campo, su cui esercitare la loro autorità, giacchè s'applicherebbero alle Raccolte di Giustiniano, che ne sono appunto l' oggetto più importante. Ma, considerando invece il contenuto speciale di quelle regole, veniamo a persuaderci come, anche per la legislazione giustinianea, esse non abbiano forza obbligatoria, quali leggi.

La più importante fra tutte queste regole è incontrastabilmente quella contenuta nelle due ordinanze di Giustiniano (§ 47, 48), la quale ci dice chiaramente come noi dobbiamo interpretare, cioè, che non dobbiamo affatto interpretare. Ora appunto questa regola fondamentale non potrebbe da noi essere accettata come legge, per due ragioni.

Primo, perchè è inseparabilmente collegata col divieto di Giustiniano di scriver opere legali (§ 26). Questo legame risulta, non solo dal contenuto e dallò scopo di ambedue le prescrizioni, ma altresì dalla loro forma, imperocchè nella seconda ordinanza si susseguono immediatamente,

(*a*) Il confronto col seguente caso inverso, renderà più chiara la cosa. Il re Federico Guglielmo II inserì nel Codice prussiano regole sull'interpretazione, le quali valgono tanto pel Codice, quanto per le leggi posteriori dello stesso re, e per tutte quelle de' suoi successori. Infatti, la sua legge vincola anche l' esercizio del potere legislativo de' suoi successori, finchè essi non l'abbiano revocata. Anche quì, si presenta sempre più assoluta l' antitesi, fra il Jus pubblico ed il privato.

Digitized by Google

per modo tale, che l'una è espressa come conseguenza e più precisa determinazione dell'altra. Non essendo, adunque, per noi legge il divieto delle opere scientifiche (§ 27), non può esserlo neppur quello dell'interpretazione; imperocchè, se volessimo accettare soltanto quest'ultimo, staccandolo dall'intimo legame, in cui sta coll'altro divieto, non seguiremmo più nel fatto una prescrizione di Giustiniano, ma alcun che d'arbitrario da noi formatone, e che riprodurrebbe soltanto l'apparenza letterale di quella ingiunzione.

Secondo, perchè il porla in atto, non ci è soltanto difficile, ma assolutamente impossibile. Giustiniano supplisce all'interpretazione de' giudici col mezzo dei rescritti imperiali, ma in nessuno degli Stati moderni si dà istituzione che vi corrisponda. Nè conviene lasciarsi illudere dal rimedio d'una legge, che interpreti autenticamente (*b*), perchè nessun giudice ha il potere di ottenerla effettivamente, nè ha il diritto di differire la sentenza fino a che sia emanata, e d'altra parte, questo non sarebbe quanto vuole Giustiniano, ma una cosa ben diversa. Non ci dobbiamo nemmeno lasciar abbagliare dalle Commissioni legislative, o da' Ministeri della giustizia, che in alcuni Stati sogliono dare di siffatti schiarimenti (*c*), perchè anche questa è istituzione affatto diffe-

(*b*) Thibaut, *Abhandlungen*, p. 102. Veggasi invece Löhr, *Magazin* III, p. 208, che a torto si fa obbietto soltanto che in tal caso l'interpretazione autentica dovrebbe avere effetto retroattivo. Ma tale effetto, come vedremo più avanti, lo ha sempre. Si legga, intanto, la *Nov.* 143, *pr.*

(*c*) Una tale Commissione legislativa, rivestita del Diritto d'inter-

Digitized by Google

rente, e da quanto noi sappiamo sulla vita intima di Giustiniano, risulta a chiare note, ch'egli intendeva veramente di provvedere personalmente all' interpretazione delle leggi. Ma, se crediamo di poter sostituire qualche cosa alla prescrizione effettiva di Giustiniano, perchè vorremo noi fermarci a mezzo il cammino e non rivendicare piuttosto la naturale nostra libertà d' interpretare?

Il sentimento di tale necessità fu appunto quello, che diede origine alla spiegazione sommamente sforzata della ordinanza di Giustiniano, che in addietro (§ 48) abbiamo esposta, ma che non riesce a legittimare cotanto arbitrio. Era per fermo miglior partito il dire che Giustiniano proibì in fatto l' interpretazione privata, ma che un Diritto consuetudinario generale distrusse, d'altro lato, tale divieto (*d*). Per lo meno in tutta la storia del Diritto si stenterebbe a trovare, da Irnerio fino a' giorni nostri, un esempio, nel quale una consuetudine generale fosse tanto indubbia, quanto quella dell' interpretazione privata. Secondo i nostri principii, non possiamo certamente ammettere tale consuetudine derogatrice, negando noi l' applicabilità di quella

pretazione obbligatoria, sussisteva altre volte in Prussia, ma fu più tardi abolita. Vedi § 51, nota *c*. Qui si parla soltanto dei paesi retti dal Diritto commune.

(*d*) A presso a poco in questo senso la pensa Zachariä, nella sua *Ermeneutica*, p. 164, ma aggiugne a torto, che lo stesso Diritto giustinianeo è incerto su questo punto, che alcuni testi ammettono l' interpretazione, ed altri la vietano, e che la pratica moderna ha risolta questa incertezza a favore dell' interpretazione.

Digitized by Google

prescrizione del Jus romano per sè stessa. E questa negativa è pienamente suffragata dall' impossibilità, che dimostrammo di porla in atto; impossibilità, procedente dall' aver Giustiniano medesimo inseparabilmente collegato il suo divieto con una istituzione politica, che più non sussiste, vale a dire quella dei rescritti imperiali, sicchè, facendo quella proibizione parte del Diritto pubblico, noi dobbiamo per ciò stesso, in base ai principii generali, averla oggidì per non applicabile (§ 1, 17). — Confrontando l' ultimo risultamento della nostra opinione, con quello della spiegazione forzata, ch' altri danno alle due ordinanze, è palese come nel fatto vengano ad esser uguali. Quelli lasciano sussistere come leggi i divieti di Giustiniano, ma ne restringono l' applicazione al caso, che non si dà, di testi affatto privi di senso. Noi ammettiamo, in tutta la sua estensione, il significato del divieto, ma neghiamo affatto che sia attualmente applicabile.

Tutti gli argomenti, fin qui esposti, non concernono se non il divieto dell' interpretazione; invece le regole contenute nel Digesto potrebbero conservare anche per noi forza di legge. Nullameno ci sembra più consentaneo, negare anche ad esse cotale autorità, e mettere ad una medesima condizione, come inseparabilmente congiunte, tutte le varie disposizioni del Diritto giustinianeo sull' interpretazione. Il separarle in qualsivoglia modo, rimane sempre un mezzo termine, è un conservare nell' apparenza, quanto viene essenzialmente cangiato; in fatti chi può dire, se Giustiniano non avrebbe dato regole totalmente diverse, quando avesse

Digitized by Google

reputata ammessibile l' interpretazione privata? Del resto la questione non è di pratica importanza, imperocchè il Digesto non ci porge regole affatto nuove sull' interpretazione, che valgano a riformare positivamente i nostri generali principii. Colla nostra opinione, noi non veniamo poi a negar loro il valore di grave autorità, nè ci priviamo dell'ammaestramento, che potremmo trarne; ed anzi in questo senso, ne abbiamo finora fatto tesoro nella dottrina dell' interpretazione, che cercammo di esporre.

§ 50.

Opinioni degli autori moderni sull' interpretazione (a).

Nell' esposizione, che precede, abbiamo già di sovente tenuto parola delle opinioni dissonanti di autori moderni. Ora, concludendo, le porremo a confronto in alcuni punti principali, che sono di speciale momento per l' intiera dottrina.

Innanzi tutto, va considerata l' idea generalmente do-

(*a*) Cito qui alcuni scrittori che in parte offrono materia specialmente ricca, ed in parte possono essere considerati come rappresentanti le opinioni più generalmente ammesse: Crist. E. Eckhard, *Ermeneutica juris*, ed. C. W. Walch, Lipsia 1802, 8.° — Thibaut, *Teorica dell' interpretazione logica del Diritto romano*, 2.ª ediz. Altona 1806, 8.° — Mühlenbruch, I, § 53-67. — Qui, come altrove, Donello, I, 13, 14, 15 è particolarmente libero da servitù per le idee dominanti, e ricco di pensieri proprii.

Digitized by Google

minante, che l' interpretazione sia una spiegazione di leggi *oscure* (*b*). Ponendosi per condizione del suo essere uno stato accidentale, ed anzi manchevole, delle leggi, l' interpretazione stessa viene così ad assumere il carattere casuale di semplice rimedio ad un male; dal che naturalmente consegue, che il bisogno ne debba ognora più dileguarsi di mano in mano che le leggi si fanno più perfette (*c*). — Nessuno sarà per negare che, per le leggi oscure, l' interpretazione non sia particolarmente importante e necessaria, e che per essa, in ispecie, possa di sovente venire in isplendida luce il valor dell' interprete; per tal ragione appunto la massima parte delle regole, finora esposte, si riferiscono al caso di leggi difettose (§ 35 e seg.). Ma due considerazioni ci mostrano che tale definizione del concetto fondamentale dell' interpretazione è troppo ristretta ed inoltre pregiudiziale all' insieme della dottrina. In primo luogo è impossibile trattare profondamente e compiutamente lo stato d' infermità, quando non si prenda per base lo stato di salute, cui vuolsi ricondurre l' infermo. In secondo luogo con quella definizione sparisce appunto l' applicazione più nobile e più fruttuosa dell' interpretazione, che

(*b*) Forster *De j. interpret.*, I, 1. Hellfeld § 29. Hofacker, I, § 149, 151, 152, (Hübner) *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner*, p. 173. Hufeland, *Trattato del Diritto civile*, I, § 28. — I Romani consideravano altrimenti la cosa. *L.* 1, § 11, *De inspic. ventre* (XXV, 4). « Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris; attamen non est negligenda interpretatio ejus ».

(*c*) Zachariä dice letteralmente così, nella sua *Ermeneutica*, p. 160.

Digitized by Google

consiste nel prendere testi non manchevoli, e quindi non oscuri, e svelarne l' intiera ricchezza del loro contenuto e de' loro riferimenti, il che particolarmente pel Digesto è soggetto di tanto momento. — Del resto poi, confrontando l'opinione, che limita arbitrariamente alle leggi oscure l'applicazione dell' interpretazione coll' altra, di sopra esposta, che considera come sottratte da Giustiniano all' interpretazione le leggi molto oscure (§ 48), troviamo la strana conseguenza, che le leggi per formare oggetto dell' interpretazione non debbon essere nè troppo chiare, nè troppo oscure, ma bensì un che di mezzo, tra l' uno e l' altro estremo.

In secondo luogo, vuolsi esaminare quella divisione dell' interpretazione in *grammaticale* e *logica*, che domina tutto l' argomento (*d*); le quali due specie d' interpretazione non si considerano come elementi indispensabili e concorrenti in ogni interpretazione, colla sola differenza che ora l'uno ed ora l' altro di quelli sia più prossimo (§ 33), ma bensì come due cose opposte e che si escludono a vicenda. L' interpretazione grammaticale, non dee procedere se non rimanendo attaccata al significato delle parole; la logica non deve attenersi se non all' intenzione od alla ragione della legge; la prima è la regola, l' altra non è ammissibile se non come eccezione. In questo contrapposto, l' unica idea chiaramente espressa ed accolta dalla generalità

(*d*) Eckhard, § 17, 23; Thibaut, *Pandette*, 8. ediz. § 45, 46, 50, 52. Thibaut, *Interpretazione logica* § 3, 7, 17-29.

Digitized by Google

era quella, che l' interpretazione logica s'arrogava non poche libertà, e quindi voleva essere assai attentamente sorvegliata; nel resto poi la parola *logica*, era nel più vario modo spiegata. Per alcuni era interpretazione logica la correzione dell' espressione, secondo la vera idea del legislatore (§ 35 e seg.); per altri anche il compimento della legge per mezzo dell' analogia; per altri finalmente una terza cosa, di cui parleremo tosto più innanzi. — Ma se l' esposizione, che noi abbiamo testè fatta, dei varii assunti dell' interpretazione, è esatta e compiuta, conviene certo rifiutare quella divisione, che lungi dall' illustrare la materia, la rese più oscura.

In terzo luogo, e questo è il punto più importante, fu compreso nell' interpretazione, anche un procedimento, che conduce in fatto ad una vera mutazion della legge, e tuttavia ebbe il nome d' interpretazione logica. Toccammo già della rettificazione della parola, per mezzo dell' effettivo pensiero della legge; qui si tratta all'opposto di rettificare il pensiero effettivo per mezzo di quello, che la legge avrebbe invece dovuto contenere. Con ciò noi risaliamo alla ragion della legge, e quando ci venga fatto di rinvenire, che tale ragione, logicamente dimostrata, conduca a più od a meno di quanto è contenuto nella legge, la correggiamo con una nuova specie d' interpretazione *estensiva* o *restrittiva*. Nel che torna indifferente che il legislatore abbia avvertitamente commesso un errore logico, oppure soltanto trascurato di pensare alle consentanee applicazioni del principio; in quest' ultimo caso si suppone, che il legislatore avrebbe per

Digitized by Google

certo disposto, come vuole la correzione, qualora fosse stato avvertito di tali conseguenze. — Tale è almeno la compiuta attuazione di questo sistema. Altri invece lo modificarono, dichiarando potersi bensì. in base alla ragion della legge, estenderne le disposizioni, ma non mai restringerle (*e*); sarebbe però assai difficile il trovare argomenti, che legittimassero siffatta distinzione.

Con tale procedimento, l'interprete, arrogandosi di correggere, non già la semplice lettera della legge, vale a dire la sua apparenza, ma l'effettivo suo contenuto, si pone al di sopra del legislatore e disconosce quindi i limiti delle proprie attribuzioni; non si tratta più d'interpretazione, ma di una vera formazione del Diritto (*f*). Siffatta confusione dei confini, che separano assunti essenzialmente differenti, sarebbe un motivo formale, sufficiente a far rifiutare del tutto questa specie d'interpretazione, e negarne la facoltà al giudice, in ordine al vero concetto del suo uffizio; ma v'hanno, di più, due altre ragioni che s'attengono alla sostanza stessa della cosa. La prima consiste nella frequente incertezza della ragione della legge (§ 34); sicchè, essen-

(*e*) Thibaut, *Pandette*, § 51, 52. Egli ammette l'estensione in due casi differenti, secondo la ragione della legge e secondo l'intenzione del legislatore; la restrizione soltanto in base alla seconda. — In genere, egli chiama intenzione quello che noi diciamo pensiero effettivo della legge.

(*f*) Il riconoscere siffatto inconveniente condusse altri alla dottrina parimenti erronea, che qualunque interpretazione non competa al giudice, ma bensì al legislatore, il quale naturalmente può delegare il suo diritto. Vedi sopra, § 32, nota *d*.

Digitized by Google

do facilmente possibile un errore sulla sua natura, quel procedimento renderebbe l' interpretazione del tutto arbitraria, e distruggerebbe ogni sicurezza del Diritto, che pure è sì benefico effetto delle leggi (*g*). La seconda ragione è riposta nella possibilità che idee intermedie, procedenti dal pensiero primitivo (§ 34), abbiano indotto, senza incoerenza, il legislatore ad estendere o restringere il contenuto della legge diversamente da quello che sembrerebbe richiederne la ragione. Noi dobbiamo, quindi, guardarci dal lasciarci far illusione dalle apparenze di logica rigorosa (*h*), con cui suolsi applicare siffatto metodo. Una tale estensione o restrizione, desunta dalla ragione della legge, non può adunque essere ammessa nè raccomandarsi come formazione del Diritto (non già come interpretazione) se non quando questi due dubbi sostanziali possano essere dissipati con un profondo esame. Nè a tale formazione progressiva del Diritto s' oppone punto la natura del Diritto anomalo, benchè, pel giudice, ne rimanesse esclusa l' applicazione dell' analogia (§ 46).

Se tnttavia gli autori moderni sogliono dichiarare vera

(*g*) Questo è il vero senso della L. 20, 21, *de leg.* (I, 3): « Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. — Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. — L' *inquiri non oportet* non significa che sia interdetto assolutamente d' indagare la ragione delle legge, ma solo in quanto si volesse poi modificarne il contenuto.

(*h*) In questo argomento si trovano eccellenti osservazioni, nella *Filosofia del Diritto* di Stahl, II, p. 177.

Digitized by Google

interpretazione siffatto procedimento, e permetterlo (con maggiori o minori restrizioni) al giudice, possiamo spiegarcelo colla confusione molto ordinaria di questo caso con quelli apparentemente simili, ne' quali è certo lecita e necessaria una maggiore libertà d'azione. Tra questi, vuolsi innanzi tutto annoverare l'interpretazione estensiva e restrittiva propriamente detta, la quale consiste non già nel correggere, come qui si farebbe, il vero contenuto della legge, ma nel ristabilirlo ad onta delle contrarie apparenze della lettera (§ 37). Un secondo caso analogo, col quale suolsi scambiare tale erroneo procedimento, è quello dell'analogia (§ 46); ma, nell'interpretazione per mezzo dell'analogia, manca assolutamente una regola di Diritto e noi vi dobbiamo supplire ampliando coll'arte le regole, che abbiamo; qui, all'incontro, la regola di Diritto c'è, e si vuole impedirne l'applicazione ad un dato caso, sostituendovi artifizialmente un' altra legge. Il terzo caso, finalmente, che suole dar luogo a siffatta confusione, non fu da noi ancora accennato, e si riferisce a quelle azioni che non violano la lettera, ma bensì lo spirito della legge *(in fraudem legis)*. Che la legge debba applicarsi anche a tal genere di azioni, è cosa superiore a qualunque dubbio (*i*), e suolsi per ciò

(*i*) L. 29, *de leg.* (I, 3). « Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit ». *L.* 5, *C. de leg.* (I, 14). « Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva

Digitized by Google

immaginare che la legge elusa debba a tal fine essere estesa per mezzo dell' interpretazione. Quando, p. e., furon promessi interessi usuratizii sotto l' apparenza di un contratto di compra vendita o di una multa convenzionale, si suppone che il legislatore non abbia posto mente a questi casi; che, se ci avesse pensato, avrebbe certamente proibito que' contratti con una aggiunta alla legge sull' usura, e che, non avendolo egli fatto, noi dobbiamo rimediare al suo difetto per mezzo dell' interpretazione estensiva. Ma in realtà la cosa è ben diversa. Non si tratta d' interpretare la legge, che è del tutto chiara e sufficiente, ma d' interpretare l' atto individuale (*k*). Applicando a quest' atto i principii sulla simulazione, dobbiamo trattare la vendita o la convenzione peccaminosa apparente, come un vero contratto di mutuo, e quindi, con questa sentenza, ristabiliamo, ad onta della lettera dell' atto, l' effettivo suo pensiero. È in sostanza la medesima operazione, che in altri casi suol farsi relativamente alle leggi (§ 37). Ma tale procedimento, applicato agli atti, induce di sovente un maggior grado di sicurezza: perchè, trattandosi di leggi, ab-

praerogativa verborum fraudolenter excusat ». L. 21. *de leg.* (I, 3) L. 64, § 1, *de condit.* (XXXV, 1).

(*k*) Taluno potrebbe opporci che i giureconsulti romani considerarono effettivamente questo caso come interpretazione della legge, e citare la L. 64, § 1, *de condit.* (XXXV, 1): » *Legem* enim . . . . . adjuvandam *interpretatione* ». Ma qui essi danno alla parola *interpretatio* un significato molto più esteso, e l' applicano a qualunque procedimento scientifico (§ 47, nota *d*).

Digitized by Google

biamo a che fare con la imperizia nell' uso dell' espressione; negli affari invece, come nel caso supposto, dobbiamo scoprire una intenzione fraudolenta, e le circostanze si prestano spesso a far riconoscere molto più sicuramente questa anzichè quella. — A favorire poi tale specie d' interpretazione, da noi dimostrata erronea, concorse, oltre a queste confusioni, anche l' esempio de' romani giureconsulti, che in effetto se ne servirono senza esitanza. Ma tanto, per noi, non vale a legittimarla; imperocchè, appo i Romani questo fatto era intimamente collegato colla condizione al tutto speciale de' giureconsulti, che avevano una influenza sì diretta sulla formazione progressiva del Diritto, la quale non può essere certo accordata ai giureconsulti moderni, siano scrittori o giudici (*l*).

§ 51.

Dettati de' Codici moderni sull' interpretazione.

Sull' interpretazione, i Codici moderni contengono ancora minor copia di disposizioni, che non, come abbiamo veduto, sui fonti di Diritto (§ 31). Il Codice francese non ne parla, ma l' obbligo assoluto imposto al giudice di decidere qualunque caso controverso, ad onta dell' oscurità della legge, e la posizione speciale della Corte di cassazione non lasciano dubbio che questa materia non sia com-

(*l*) Vedi sopra, § 19; e § 37 nota *q*.

Digitized by Google

presa anche nel Diritto francese. Il giudice v' ha piena libertà d' interpretazione; ma la sicurezza e l' unità del Diritto sono premunite dal pericolo d' interpretazioni arbitrarie per mezzo della Corte di cassazione, posta al di sopra di qualunque Tribunale, che può esercitare la sua influenza istruttiva e tutelare, anche quando le formalità processuali non permettono più che possa efficacemente essere mutata la primitiva sentenza. Lo scopo sarebbe compiutamente raggiunto, quando la Corte di cassazione avesse il diritto di proferire essa medesima la sentenza in luogo di quella che annulla; ma, invece, cassata la sentenza, deve rimettere la decisione ad altro Tribunale; sicchè, in un medesimo processo si possono dare più decisioni sussecutive, fondate su erronei principii, le quali provochino ripetuti annullamenti. Tale procedura complicata e dispendiosa trae origine dal fatto che, nell'antico ordinamento politico, la cassazione non apparteneva ad una Magistratura giudiziaria, ma ad un' alta autorità amministrativa (al *Conseil du roi*), il quale reprimeva le violazioni della legge, senza rendere egli medesimo giustizia. Dopo la rivoluzione siffatto motivo più non regge, sussistendo ora una Corte speciale di cassazione, che costituisce una Magistratura formale ed ha la medesima indipendenza di tutti gli altri Tribunali. Negli ultimi tempi, fu tentato di rimediare al suesposto inconveniente; ma le prime prove erano ben lungi dal bastare (*a*). Molto più efficace, è invece, l'ultima legge, la quale stabilisce che, dopo

(*a*) Legge del 16 settembre 1807. — Legge del 30 luglio 1828.

Digitized by Google

il secondo annullamento, quel Tribunale, cui viene rinviato il processo, deve attenersi, nella sua sentenza, al principio di Diritto espresso dalla Corte di cassazione (*b*).

Il Codice prussiano prescrive che il giudice deve attribuire alla legge il senso, che risulta dalle parole della legge, dalla loro connessione e dalla sua prossima ed indubbia ragione (*c*). Una disposizione più importante, analoga alla legge di Giustiniano, stabiliva che i giudici dovessero sottoporre alla Commissione legislativa ogni dubbio sull' interpretazione, e seguirne poscia il dettato; ma fu più tardi abolita ed ora il giudice, che interpreta e decide indipendentemente, deve soltanto comunicare il suo dubbio al capo della giustizia, acciocch' egli ne possa trarre profitto per la legislazione (*d*). Se la legge lascia un vuoto, il giudice dee decidere, secondo i principii generali del Codice o secondo le disposizioni, che regolano casi simili, ed in pari tempo denunziare il vuoto, affinchè vi si possa rimediare con una nuova legge (*e*). — Nelle provincie renane, ove impera tuttavia la legislazione francese, ne fu modificata la procedura, disponendo che la Corte di cassazione,

(*b*) Legge del 1.° aprile 1837 (*Bollettino delle leggi* IX. Serie, T. 14, p. 223) art. 2. *Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l' affaire est renvoyée se conformera à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.*

(*c*) *Allg. Landrecht*, Introduzione, § 46.

(*d*) *A. L. R.* Introd. § 47, 48, ed Appendice § 2.

(*e*) *A. L. R.* Introd. § 49, 50.

Digitized by Google

quando annulla, proferisca essa medesima la nuova sentenza. Anche nelle altre provincie fu, non ha guari, introdotta una procedura in cassazione, sotto il nome di querela di nullità, ed anche in questa il giudice, che ne decide (il *geheime Ober-Tribunal*) quanto annulla una sentenza, ve ne sostituisce egli stesso un' altra (*f*).

Finalmente il Codice austriaco rimette il giudice al proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse ed alla chiara intenzione del legislatore. Qualora manchi una legge vuolsi decidere, secondo le leggi, che risguardano casi simili e secondo i motivi di altre leggi analoghe; se rimanga tuttavia dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principii del Diritto naturale. Il divieto dell'interpretazione privata del Jus romano è qui voltato nella regola, non soggetta ad eccezioni, che al solo legislatore spetta d'interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio (*g*).

Ricercando, da ultimo, che cosa sia da consigliarsi nella nostra posizione e pegli attuali bisogni, diremo sembrarci miglior partito quello di lasciar libera al giudice la vera interpretazione, interdicendogli, però, tutto quello che solamente per errore è reputato tale. Potendo, però, i confini tra l' interpretazione pura, e la vera formazione del Diritto, essere di sovente assai incerti ne' particolari (§ 37), sarebbe a desiderarsi che una magistratura suprema in sè

(*f*) Ordinanza del 14 dicembre 1833, § 17. (*Raccolta delle leggi*, 1833, p. 306).

(*g*) Codice austriaco, Introd. § 6, 7, 8.

Digitized by Google

comprendesse ambedue le attribuzioni; sicchè, non fosse nell' opera sua impacciata dal timore d' uscire da que' confini. Quando vi sia una magistratura abilitata a provvedere alla formazione progressiva del Diritto (§ 31) non può negarsi, ch' essa non debba esercitare il proprio uffizio, anche nel caso di dubbia interpretazione della legge. Però, anche in difetto di simile magistratura, ed anche oltre ad essa, ove ci fosse, il diritto di questa più libera interpretazione, potrebbe, senza inconveniente, essere affidato ad una Corte suprema di giustizia, la quale avesse incirca un potere uguale a quello della Corte di cassazione francese. Siffatta Corte avrebbe uguale valore, e procurerebbe all' amministrazione della giustizia uguali vantaggi, come nell' antica Roma il pretore ed i giureconsulti, e le sarebbe concessa quella interpretazione estensiva e restrittiva, che abbiamo di sopra esclusa dall' interpretazione pura, e dalle attribuzioni d' un giudice ordinario.

Digitized by Google

LIBRO SECONDO.

DEI RAPPORTI DI DIRITTO

CAPITOLO I.

Caratteri essenziali dei rapporti di Diritto e loro specie.

§ 52.

Caratteri essenziali dei rapporti di Diritto.

Abbiamo mostrato di sopra (§ 4, 9) la natura generale dei rapporti di Diritto e quali attinenze essi abbiano col Diritto pubblico e col privato. Passeremo ora a svolgere i caratteri essenziali dei rapporti di Diritto appartenenti al Jus privato, e siccome di questi soltanto noi dobbiamo in quest' opera versare, li chiameremo rapporti di Diritto, senza più.

L' uomo vive in mezzo al mondo esteriore, e l' elemento più importante in questo mondo, che lo circonda, sono le relazioni, in cui necessariamente egli viene co' viventi, a lui uguali per natura e per destinazione. Affinchè, in mezzo a tali relazioni, enti liberi possano sussistere l'uno accanto all' altro, prestandosi mutuo soccorso, nè impacciandosi nel loro sviluppo, è necessario che sia riconosciuto

Digitized by Google

quel confine invisibile, entro il quale l'esistenza e l'operazione d'ogni singolo individuo abbia sicuro e libero campo ad esercitarsi. La regola che determina quel confine e assegna il libero campo, entro cui possono adoperarsi gl' individui, è il Diritto. Con ciò è mostrata in pari tempo l' affinità e la differenza fra il Diritto e la morale. Il Diritto serve alla morale, non già attuandone i precetti, ma assicurandole il libero svolgimento della sua forza, insita nella volontà d' ogni individuo. Il Diritto ha quindi una esistenza propria, nè havvi contraddizione se, in dati casi, l' esercizio di un diritto, effettivamente sussistente, può essere immorale.

La necessità del Diritto e la sua esistenza sono una conseguenza dell' imperfezione della nostra natura; non già di una imperfezione accidentale ed istorica, ma di quella ch' è inseparabile dalle condizioni generali della nostra esistenza in questo mondo.

Molti, per venire all' idea del Diritto, prendono le mosse dal punto opposto, dall' idea dell' ingiustizia. Per essi l' ingiustizia è la violazione della libertà altrui, che fa ostacolo allo svolgimento dell' opera dell' uomo, ed è quindi un male, cui vuolsi por rimedio; tale rimedio, è, per essi il Diritto. Secondo alcuni, questo Diritto s' ottiene con un accordo intelligente, mediante il quale ognuno rinunzia ad una parte della sua libertà per averne sicuro tutto il rimanente; o, secondo altri, con una coazione esteriore, che sola vale a frenare l' inclinazione naturale degli uomini ad offendersi e distruggersi a vicenda. Prendendo il principio da una negativa, essi fanno come quelli che, per conoscere le leggi

Digitized by Google

della vita, volessero prender le mosse dallo stato di malattia. Secondo questi autori lo Stato è una necessaria difesa, che sarebbe superflua se tutte le volontà obbedissero ai dettati della giustizia; mentre, invece, secondo la nostra opinione, in tal caso lo Stato acquisterebbe tanto maggiore altezza ed efficacia.

Al punto, cui siam pervenuti, ogni singolo rapporto di Diritto ci si presenta quale una relazione tra persona e persona, determinata da una regola di Diritto; il modo poi d'operare della regola di Diritto consiste nell'assegnare alla volontà individuale una sfera, entro la quale essa regna con assoluta indipendenza da qualunque volontà straniera.

In ogni rapporto di Diritto, si possono adunque distinguere due parti: primo, una materia data, cioè, quella relazione per sè stessa, e, secondo, la determinazione giuridica di tale relazione. La prima parte può essere considerata come l'elemento materiale del rapporto di Diritto, come il semplice fatto; la seconda come l'elemento formale, cioè, quello, per cui la relazione di fatto diviene forma di Diritto.

Però, non tutte le relazioni tra persona e persona appartengono alla sfera del Diritto, nè sono tutte suscettive od hanno bisogno d'essere così determinate da regole di Diritto. In tale riguardo, è dato distinguere le relazioni umane, che appartengono del tutto alla sfera del Jus, o vengono dominate da regole di Diritto, le relazioni che vi sono affatto aliene, e quelle finalmente che solo in parte v'appartengono o vi sono soggette. Esempio delle prime sarebbe la proprietà, delle seconde l'amicizia, e delle

Digitized by Google

terze il matrimonio, il quale per una parte entra nel dominio del Diritto, ma per l'altra non v' appartiene.

§ 53.

Specie dei rapporti di Diritto.

Il carattere essenziale del rapporto di Diritto fu definito il campo, sul quale domina indipendente la volontà individuale (§ 52). Dobbiamo ora indagare innanzi tutto gli oggetti, sui quali la volontà può influire e quindi estendere il suo dominio, donde da sè ci si presenteranno le varie specie dei rapporti di Diritto possibili.

La volontà può primieramente agire sulla persona propria, ed in secondo luogo al di fuori di questa, cioè, su quanto, rispetto all'ente che vuole, noi diciamo mondo esteriore; questa è la prima e più generale distinzione degli oggetti, sui quali la volontà può dar segno di sè. Ma il mondo esteriore è composto parte della natura non libera, e parte di creature dotate di uguale libertà dell'ente che vuole, cioè, di persone altrui. E così, considerando soltanto logicamente la questione proposta, ci si presentano tre oggetti principali, su cui la volontà individuale può esercitare il suo dominio: vale a dire la propria persona, la natura non libera, e le altre persone. Esamineremo ora ad uno ad uno questi tre oggetti e principieremo dalla persona stessa dell' ente che vuole, considerata come oggetto di un rapporto speciale di Diritto.

Digitized by Google

Su tale argomento è molto diffusa la seguente dottrina. L'uomo, dicono, ha un diritto sopra di sè medesimo, che sorge necessariamente colla sua nascita e non può mai cessare finch' egli vive, il quale per ciò chiamasi *diritto originario*, per contrapposto a tutti gli altri diritti, d'una natura transitoria, che pervengono all'uomo soltanto più tardi e per accidente, e che diconsi quindi *diritti acquisiti*. Alcuni andarono tanto innanzi in questa dottrina da attribuire all'uomo un diritto di proprietà sulle sue forze intellettuali e da dedurne quella che appellasi libertà del pensiero; ma non è dato comprendere come un uomo possa impedire ad un altro di pensare, od all'opposto costringerlo a pensare, e ledere così, nell'una o nell'altra maniera, tale asserto diritto di proprietà. Anche a voler rendere più intelligibile quella dottrina, e limitare quel diritto di proprietà alla sua apparenza visibile, al corpo umano ed a' suoi membri, si giugne ad una cosa che ha bensì un significato, come esclusione delle violazioni, che sur esso ponno certamente commettersi, ma che non è meno inutile, anzi rifiutabile, potendo, per coerenza, condurre, tra le altre, a dover ammettere il diritto al suicidio. Ecco quanto v'ha di vero in quella erronea supposizione d'un diritto originario dell'uomo sulla propria persona. In primo luogo, non è nè possibile nè lecito il porre in dubbio il potere legittimo dell'uomo sopra di sè medesimo e delle proprie forze; anzi, siffatto potere è la base d'ogni vero diritto e ne implica l'esistenza; imperocchè, a modo d'esempio, la proprietà e le obbligazioni non hanno per noi

Digitized by Google

significato e valore se non come estensione artifiziale delle nostre forze personali, come nuovi organi che l'arte aggiugne alla nostra natura primitiva. Ma tale potere su noi medesimi non ha punto uopo d'essere riconosciuto e determinato dal Diritto positivo; e la dottrina testè esposta deve appunto rifiutarsi in quanto sì inutilmente e sì a torto pone sulla medesima linea quel potere naturale e queste estensioni artifiziali, e le vuole ad un modo uguale trattate. In secondo luogo, per molti istituti positivi di Diritto, il punto di partenza deve veramente cercarsi nella protezione di quel potere naturale dell' uomo sopra di sè medesimo contro le aggressioni altrui; tale sarebbe una gran parte del Diritto criminale, e nel Diritto civile il notevole numero di diritti, che tendono a premunire contro la diffamazione, contro la frode e contro la violenza, principalmente anche le azioni possessorie. L'inviolabilità della persona è certamente lo scopo finale di tutti codesti diritti; tuttavia, essi non voglion essere considerati come semplici derivazioni di tale inviolabilità, costituendo invece altrettanti instituti di Diritto affatto positivi, il cui contenuto speciale da quella inviolabilità essenzialmente differisce. Rappresentandoli, ciò non ostante, come diritti sulla propria persona, non si fa se non oscurarne la vera natura. Non può risguardarsi come proficuo ed instruttivo nemmeno il considerare cumulativamente quegli instituti di Diritto che hanno questa origine comune, bastando riconoscerne in generale l'affinità (*a*).

(*a*) Donello II, 8, § 2, 3, ammette due specie di *nostrum: in per-*

Digitized by Google

Posti quindi del tutto da banda i così detti diritti originarii, e riconosciuti come unico oggetto delle nostre indagini i diritti acquisiti, ci rimangono soltanto due oggetti sui quali possa esercitarsi il dominio della volontà: la natura non libera e le altre persone.

Noi non possiamo dominare la natura non libera nella sua totalità, ma sibbene divisa in date porzioni di spazio; le parti così divise diconsi *cose* ed a queste si riferisce quindi la prima specie di diritti possibili; il *diritto sopra una*

sona cujusque ed *in rebus externis*. Nel primo annovera: *vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*. L'*incolumitas animi* non è da lui posta sotto la protezione del Diritto, perchè non ne abbisogna. — Puchta, nel *Sistema del Diritto civile comune*, (Monaco, 1832), pone come prima classe d'ogni Diritto quelli sulla persona propria, e vi annovera il Diritto della personalità ed il possesso; sotto la personalità comprende la capacità di diritti e l'onore. Ma la capacità di diritti è la condizione indispensabile d'ogni diritto, di quelli della proprietà e delle obbligazioni non meno che dei diritti di prima classe, quando la si ammetta, p e., del possesso; è quindi un elemento di tutti i diritti, nè può appartenere ad una classe a preferenza di un'altra. Il diritto sulle membra del proprio corpo, che, secondo quella classificazione generale s'avrebbe qui aspettato, manca del tutto, ed inoltre mancano molte altre cose, che sarebbero state necessarie per far comprendere il legame esistente tra il lib. 3 ed il lib. 5, cap. 5, N. VI. Da ciò si scorge quanto sia arbitraria la composizione della prima classe di diritti, che non sembra quasi inventata se non per dare un posto conveniente al possesso. — Hegel, nel suo *Diritto naturale*, § 70 e addiz. al § 70, è contrario a questo diritto sulla propria persona, e mostra ch'esso avrebbe per conseguenza inevitabile la legittimazione del suicidio.

Digitized by Google

cosa, che nella sua forma più pura e più perfetta, si denomina *proprietà*.

I rapporti di Diritto, ch' hanno per oggetto le altre persone, non sono altrettanto semplici, perchè noi possiamo trovarci con esse in due relazioni affatto differenti. — In primo luogo, possiamo assoggettare un' altra persona all' impero della nostra libera volontà, nello stesso modo come se fosse una cosa, sottometterla quindi al nostro dominio. Ora, quando siffatto dominio fosse assoluto, cesserebbe in quella persona qualunque idea di libertà o di personalità, noi non domineremmo più sopra di una persona, ma sibbene su di una cosa, ed il nostro diritto sarebbe la proprietà di un uomo, come nel fatto era la schiavitù appo i Romani. Se, invece, ripudiamo cotale potere ed immaginiamo un rapporto particolare di Diritto, che consista parimente nel dominio sopra un' altra persona, ma non ne distrugga la libertà, sicchè assomigli alla proprietà e tuttavia ne differisca, conviene che il nostro dominio non concerna la totalità dell' altra persona, ma si eserciti soltanto sopra di uno de' suoi atti, il quale in tal caso viene supposto sottratto al libero arbitrio altrui ed assoggettato all' impero della nostra volontà. I rapporti di Diritto, in forza dei quali noi dominiamo un atto determinato di un' altra persona, diconsi *obbligazioni*. L' obbligazione non somiglia alla proprietà soltanto, perchè ambedue estendono il dominio della nostra volontà sopra una parte del mondo esteriore, ma ha inoltre con essa affinità ancora più speciali : primo, perchè l' obbligazione può essere apprezzata

Digitized by Google

in danaro, il che altro non è se non la commutazione nella proprietà del danaro; secondo, perchè la parte maggiore e più importante delle obbligazioni non ha altro scopo se non quello di condurre all' acquisto della proprietà, o al godimento temporaneo di essa. — Con ambedue tali specie di diritti, colla proprietà, cioè, e colle obbligazioni, il potere della persona, cui competono, viene adunque esteriormente allargato, al di là dei confini naturali del suo essere. L' università delle relazioni, che, per tal modo, estendono il potere di un individuo, dicesi suoi *beni*, e l' assieme degl' istituti di Diritto, che vi si riferiscono, dicesi *Diritto dei beni* (*b*).

Nel considerare la relazione di una persona con un' altra, ci siamo figurate le persone come formanti un tutto isolato ed in sè rinchiuso, per modo che ciascuna, nella sua personalità astratta, appare verso l' altra come un ente del tutto straniero, benchè della stessa natura. Ben diversa è invece la seconda relazione, che ora passiamo ad esporre. Qui non consideriamo più l' uomo come un essere di per sè sussistente, ma come un membro del tutto

(*b*) L' espressione tedesca (*Vermögen*) di questo concetto giuridico è la migliore che si potesse trovare; imperocchè, significa direttamente l' essenza delle cose, cioè il potere a noi derivante dall' esistenza di quei diritti, ossia ciò che in forza di que' diritti noi possiamo (*Vermögen*) o siamo in grado di fare. Meno precisa è l' espressione de' Romani, *bona*, che passò nelle lingue moderne derivatene, non significando se non una idea accessoria, cioè il benessere derivante da quel potere o lo stato felice che ci assicura.

Digitized by Google

organico, che compone l'umanità. Ora, essendo la sua attinenza con questo tutto grandioso sempre operata per mezzo di determinati individui, la sua posizione rispetto a tali individui diviene la base d'una nuova specie, affatto particolare, di rapporti di Diritto. In questi la persona non ci si mostra più un tutto di per sè sussistente, come nelle obbligazioni, ma è per noi un ente imperfetto, che ha uopo d'essere compiuto nel seno del suo organismo generale. Tale imperfezione dell'individuo, ed il compimento che vi si riferisce, mostransi in due differenti sensi. Primo, nella diversità dei sessi, ognuno de' quali, di per sè considerato, non rappresenta se non in parte l'umana natura, ed il cui compimento è il *matrimonio* (*c*). — Secondo, nei limiti di tempo, che circoscrivono l'esistenza dell'uomo, sicchè ne sorga, in differente modo, il bisogno ed il riconoscimento dei rapporti di Diritto, che vi suppliscano. Sotto questo aspetto, l'imperfezione più prossima e più diretta è l'essere la vita dell'individuo passaggiera, e n'abbiamo il perfezionamento nella riproduzione, che perpetua non solo la specie, ma, in modo più limitato, anche l'individualità. Altra imperfezione è la necessità dell'umana natura, per cui l'individuo, ne' primordii della vita, è destituto compiutamente d'ogni potere sopra sè stesso, nè l'acquista se

(*c*) Fichte, *Etica*, pag. 449, esprime questo pensiero in modo alquanto energico: « Ogni individuo dei due sessi è assolutamente chiamato a contrarre matrimonio .... La persona celibe non è uomo se non per metà. »

Digitized by Google

non a poco a poco, sicchè v' occorre il compimento dell' educazione. L' istituto del Jus romano, che riconosce il bisogno di questi due complementi e vi porge il necessario perfezionamento, è la *patria potestà*, alla quale si connette, ora come più ampio sviluppo, ed ora solo per analogia naturale o meno giuridica, la *parentela* (*d*). — L' assieme di tutti questi rapporti, che suppliscono all' imperfezione dell' individuo, vale a dire, il matrimonio, la patria potestà e la parentela, è da noi detto *famiglia*; sicchè noi chiamiamo pure *Diritto di famiglia* gl' instituti di diritto che li reggono (*e*).

(*d*) Più ampio svolgimento n' è l' agnazione, la quale non è se non il residuo della patria potestà passata, con una progressione permanente; analogia naturale n' è la cognazione, nella quale il *Jus gentium*, riconosce la comunanza degli individui, procedente dalla derivazione da un medesimo stipite, come il *Jus civile* nell' agnazione.

(*e*) Vuolsi qui osservare espressamente che questa denominazione non è desunta dall' Jus romano. Appo i Romani la parola *familia* ha diversi significati; il più importante e più tecnico è quello per cui esprime la totalità degli agnati, e quindi significa soltanto una parte della relazione, che sotto quel nome noi comprendiamo. Per altro, benchè l' espressione da noi usata non sia conforme alla fraseologia del Diritto romano, il riassumere sotto di essa queste varie relazioni, ed il principio, onde ciò procede, corrispondono pienamente alle idee de' romani giureconsulti. È precisamente quanto essi chiamano *Jus naturale*. Ulpiano nella L. 1, § 3, *de J. et J.* dice: « Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit..... Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. » (Vedi Appendice I). L' avere gli antichi giureconsulti, come vedremo in Gajo,

Digitized by Google

Essendo la relazione di famiglia, al pari delle obbligazioni, una relazione verso determinati individui, è facile confonderle ambedue, ponendo, la famiglia tra le obbligazioni, oppure contrapporle ambedue, come più affini tra di loro, alla proprietà, che non tiene alcun conto dell' individuo. Molti, infatti, abbracciarono tale principio, benchè spesso non v' abbiano data compiuta estensione, o non l' abbiano chiaramente avvertito. Dev' essere però assolutamente rifiutato, e per avere giuste idee sull' essenza della famiglia importa moltissimo riconoscerne l' erroneità. Ne esporremo quindi quelle differenze sostanziali, che possono spiegarsi, secondo quanto siamo finora venuti discorrendo, riservandoci di dimostrare più innanzi (§ 54) con maggior precisione la vera essenza tutto propria della famiglia, che totalmente la distingue dalle obbligazioni. Queste hanno per oggetto atti individuali, la relazione di famiglia invece ha per oggetto la persona, come un tutto, in quanto ella è un membro del complesso organico, che compone l' umanità. La materia delle obbligazioni è affatto arbitraria, potendosi formar tema di obbligazione ora questo ed ora quell' atto; la materia delle relazioni di famiglia invece è determinata dalla natura organica dell' uomo, ed ha

posti in risalto, per motivi storici, altri aspetti, nel trattare degli instituti stessi di Diritto, non contraddice punto al loro riconoscimento di quella generale loro connessione naturale. — L' espressione da noi usata corrisponde certamente alla lingua d' oggidì, come il riassumere sotto di essa quella varia relazione è il solo che s' adatti allo stato attuale del Diritto.

Digitized by Google

quindi il carattere della necessità. L' obbligazione è d' ordinario di natura transitoria; la relazione di famiglia è destinata a persistere continuamente; e perciò le varie relazioni di famiglia, allorchè appaiono compiute, costituiscono società varie, che hanno appunto il nome comune di famiglia. Nella famiglia sono racchiusi i germi dello Stato, il quale, allorchè siasi formato, componesi immediatamente di famiglie e non di individui.

Onde ne viene che in fatto l' obbligazione è piuttosto più affine alla proprietà, perchè i beni, che abbracciano questi due rapporti, costituiscono un allargamento del potere individuale, al di là de' suoi naturali confini, e la relazione di famiglia ha invece per assunto di compire l' individuo da sè solo imperfetto. Il Diritto di famiglia appartiene, molto più di quello dei beni, ai così detti diritti originarii, e come abbiamo in addietro esclusi tali diritti dal campo del Jus positivo, così dobbiam' ora riconoscere che la famiglia non appartiene se non in parte al dominio del Diritto, mentre i beni ad esso esclusivamente competono.

Ritornando al punto donde siamo partiti, rinveniamo tre oggetti, su cui può estendersi l' impero della nostra volontà ed a' quali corrispondono tre circoli concentrici, entro cui la nostra volontà può dominare; e sono:

1) L' io primitivo, al quale corrisponde, il così detto diritto originario, che non consideriamo come vero diritto.

2) L' io ampliato nella famiglia. Qui l' impero della nostra volontà non appartiene se non in parte al dominio del Diritto, nel quale forma il diritto di famiglia.

Digitized by Google

3) Il mondo esteriore. L' impero della volontà, che a questo si riferisce, appartiene intieramente al Diritto positivo e forma il Diritto dei beni, che si suddivide nel Diritto delle cose e nel Diritto delle obbligazioni.

Ci si presentano così tre classi principali di diritti, che noi pure ammetteremo sotto l' aspetto, onde procede la nostra ricerca:

Diritto di famiglia
Diritto delle cose
Diritto delle obbligazioni.

Conviene, per altro, fin da quest' ora considerare che siffatte classi di diritti non sono così rigorosamente separate se non nella nostra astrazione, e nella realtà invece in molte maniere si collegano, per modo ch' esse debbono inevitabilmente agire l' una sull' altra e modificarsi a vicenda. Nel considerare ora più da vicino i varii istituti di Diritto, che compongono siffatte tre classi, prenderemo in pari tempo ad esame tali modificazioni ed in genere quel particolare svolgimento, che cotesti instituti nel nostro Diritto positivo ritrassero.

§ 54.

Diritto di famiglia.

Di sopra (§ 53) abbiamo già definita l' essenza della famiglia, che ora più minutamente saremo per esaminare, ed abbiamo veduto ch' essa si compone di tre elementi,

Digitized by Google

del matrimonio, della patria potestà e della parentela. La materia di ciascuno di questi tre rapporti è una relazione naturale, che, come tale, trascende perfino i limiti della umana natura *(jus naturale)*. Quindi, benchè la forma speciale, sotto cui que' rapporti ci appariscono, sia assai varia, secondo il Diritto positivo dei differenti popoli (*a*), ci è forza attribuirvi, nella loro generalità, un carattere di necessità, indipendente dal Diritto positivo. Essendo poi tale relazione

(*a*) Così, p. e., la monogamia è un instituto di Diritto positivo, mentre invece il matrimonio (qualunque ne sia la forma) ci apparisce in genere come una necessità generale; con ciò non intendiamo dire che la scelta tra la poligamia e la monogamia sia determinata da circostanze accidentali, mentre la prima vuolsi piuttosto considerare come un grado più basso nella coltura morale dei popoli. — Anche la necessità del matrimanio in generale (non soltanto della monogamia) fu impugnata p. e. da Hugo, nel suo *Diritto naturale*, § 210-214, ed in realtà l'astrazione può decomporlo e l'immaginazione può sostituirvi un altro stato che ne faccia le veci, p. e., la promiscuità dei sessi, od una produzione regolata dello Stato. Ma il buon senso di tutti i popoli, di tutti i tempi e di tutti i gradi di civiltà, confermerebbe il nostro principio, anche se non avesse ricevuto una più alta sanzione nei precetti del cristianesimo. — Allo svolgimento positivo degl'istituti della famiglia appartiene pure il modo artifiziale, onde talvolta sorgono, p. e., la patria potestà per mezzo dell'adozione. — Inoltre, il divieto del matrimonio tra prossimi parenti trae radice dal sentimento morale comune a tutti i tempi, ma i limiti della proibizione sono tutti di natura positiva. — Vuolsi da ultimo aggiungere che anche la forma positiva, sotto cui siffatte relazioni ci si offrono nel Diritto positivo d'ogni popolo, ha sempre il carattere di un Diritto assoluto, perchè viene determinata dalle idee morali di ciascun popolo.

Digitized by Google

naturale in pari tempo necessariamente una relazione morale, ed aggiugnendovisi inoltre la forma giuridica, la famiglia riunisce tre elementi inseparabili, l'elemento naturale, l'elemento morale e l'elemento giuridico (*b*). Dal che consegue che i rapporti di famiglia non hanno se non in parte una natura giuridica (§ 53), ed anzi convien dire che il lato giuridico ne è appunto il minore, appartenendone la parte più importante ad un campo ben diverso da quello del Jus.

Se, oltre all'elemento giuridico e morale, noi assegniamo qui alla famiglia anche un elemento naturale, non vuolsi però desumerne che noi li poniamo sopra una medesima linea, e che quest'ultimo possa mai giugnere a dominare da sè stesso e indipendentemente dagli altri. Nella bestia impera l'impulso, che serve allo scopo generale della natura; ma, benchè siffatto impulso e siffatto scopo della natura dominino completamente nell'uomo del pari che nella bestia, nell'uomo al di sopra dell'impulso naturale sta la legge morale superiore, che deve penetrare e dirigere tutte le parti del suo essere, e quindi signoreggiare anche cotesto impulso, non per distruggerlo od indebolirlo, ma per sollevarlo a partecipare ai più nobili elementi dell'essere umano. — E quivi appunto Kant s'ingannò, volendo nel

(*b*) Questa triplice natura delle relazioni di famiglia, fu assai precisamente espressa, riguardo al matrimonio, da Hegel, *Diritto naturale*, § 161. Egli vi dice benissimo del matrimonio, che « esso è l'amore morale e legittimo. » Solamente vi si avrebbe dovuto aggiungere « l'amore dei sessi, » il che, del resto, è indubbiamente l'idea dell'autore.

Digitized by Google

matrimonio rendere soggetto di un rapporto obbligatorio di Diritto soltanto l'elemento naturale (gli impulsi del sesso), per cui ne venne a disconoscere affatto ed a degradare l'essenza (*c*).

Investigando, ora, quale sia il contenuto speciale dei rapporti di Diritto appartenenti alla famiglia, sembrerebbe che fosse riposto nel diritto, che abbiamo verso l'altra persona, soggetta alla nostra volontà, diritto che non sarebbe assoluto, ma limitato puramente alla relazione di famiglia (*d*). La quale opinione sarebbe in qualche maniera confermata dalle particolari disposizioni del Jus romano in tale argomento, le quali si fondano per la massima parte sull'autorità assoluta del padre di famiglia riguardo agli altri membri di essa. Ma, anche secondo i principii del Diritto romano, cotesta dottrina vuol essere assolutamente rifiutata. Il padre di famiglia aveva benissimo un dominio assoluto sul figlio, che ne' prischi tempi appena s'avrebbe potuto distinguere dalla proprietà; però tale dominio non costituisce punto il contenuto propriamente detto del rapporto di Diritto, ma è soltanto il carattere naturale della patria potestà, che il padre esercita di propria autorità, come il dominio sullo schiavo, sulla propria casa, sul suo cavallo. In nessun luogo è fatto parola dell'obbligazione giuridica del figlio all'obbedienza, in nessun luogo di una azione del padre contro il figlio disobbediente, come in nessun luogo è pur contemplata una azione contro l'indocilità dello

(*c*) Vedi più avanti, al § 141, *d*.

(*d*) Così lo immagina in fatto Puchta, *Museo renano*, vol. III, p. 301, 302.

Digitized by Google

schiavo. Non si danno azioni se non contro le persone straniere che intaccassero l' autorità del padre di famiglia. Uno sguardo al matrimonio libero renderà ancora più chiara la cosa. In questo non si dava nè autorità assoluta, nè obbedienza, eppure il Jus romano non riconosce alcun diritto particolare d' un coniuge verso l'altro, nè accorda alcun' azione a difesa di tali diritti, caso ch' e' venissero rifiutati. Adunque quello che costituisce il carattere giuridico dei rapporti di famiglia, e forma il contenuto speciale di siffatta classe di rapporti di Diritto *non* è l'assoggettamento parziale di una persona alla volontà di un' altra. Inoltre, solamente rifiutando cotesta dottrina, per sè sì speciosa, è dato distinguere nettamente i rapporti di famiglia dalle obbligazioni; imperocchè i fautori di essa, per quanto vogliansene difendere a parole, introducono inevitabilmente nella famiglia la natura delle obbligazioni.

Che cosa ci rimane, quindi, quale vero contenuto dei rapporti di Diritto, appartenenti alla famiglia? Noi abbiamo principiato dal considerarla come compimento dell' individualità, di per sè imperfetta (§ 53); e quindi la sua propria essenza consiste nella posizione, che da siffatti rapporti viene assegnata all' individuo, per cui egli non è più soltanto uomo in generale, ma è inoltre in particolare coniuge, padre, figlio; consiste in una *forma di vita*, rigorosamente determinata, indipendente dall' arbitrio individuale, e fondata sul grande assieme della natura (*e*).

(*e*) Così i rapporti di famiglia appartengono principalmente al *Jus*

Digitized by Google

Non vogliamo punto negare che la fedeltà e l' attaccamento non appartengano all' essenza del matrimonio, come l' obbedienza ed il rispetto appartengono all' essenza della patria potestà; ma siffatti elementi, per sè importantissimi, di que' rapporti, stanno sotto la tutela della morale e non del Diritto, come non può non rimaner riservato alla morale anche l' uso nobile ed umano, che il padre di famiglia dee fare della sua patria podestà, e del quale è solo accidentalmente possibile che venga erroneamente concepito come una regola di Diritto. Ed è perciò che noi non avremo se non cognizioni molto inesatte sulla condizione dei rapporti di famiglia presso un popolo, se ci accontenteremo d' indagare le regole di Diritto, che li dominano, senza prendere in considerazione anche i costumi, che vi danno compimento; e fu appunto, per aver disconosciuta siffatta connessione, che non di rado scrittori moderni censurarono infondatamente il Diritto di famiglia romano, come se fosse una tirannia snaturata (*f*). Essi non considera-

publicum, vale a dire al Diritto assoluto (§ 16). Vedi sopra, la nota *a*. — Perciò, anche ogni rapporto di famiglia di un uomo, se ne dice uno *status* di esso, cioè la sua posizione, la sua maniera d' essere rispetto a certe persone determinate. Vedi § 59, ed *Appendice* VI.

(*f*) Così Hegel, nel suo *Diritto naturale* § 175, dice: » la schiavitù dei figli romani è una delle istituzioni che più macchiano tale legislazione, e questa violazione della moralità nelle loro relazioni più intime e più tenere della vita è un elemento importantissimo per comprendere il carattere storico dei Romani e la loro tendenza al formalismo del Diritto. « In Hegel siffatto abbaglio è tanto più singolare in quanto che, nel

Digitized by Google

rono che appo nessun popolo dell' antichità le madri di famiglia erano sì venerate come in Roma (*g*) e che un trattamento veramente servile e umiliante dei figli era in-

§ 161, egli medesimo riconosce la necessaria combinazione dell' elemento morale e giuridico nel matrimonio, dal che direttamente consegue che il *Diritto di matrimonio* d' un popolo non ci porge se non una idea imperfetta del matrimonio stesso. Perchè non sarà la medesima cosa anche della patria potestà? — Adamo Müller, ne' suoi *Elemente der Staatskunst* p. II, p. 59-65, va ancora più innanzi in tale errore; imperocchè, parla « di una potestà patria e *maritale*, come trovasi definita ne' nostri Codici sul taglio del Jus romano » e perde quindi di vista qualunque reciprocità nei rapporti di famiglia romani (e nostri). Stando a lui, si potrebbe credere che noi strignessimo ancora i matrimonii colla confarrazione, quando invece presso i Romani anche ne' prischi tempi il matrimonio libero (senza la minima traccia di potestà) era il più frequente, ed è il solo che ci sia dal Jus romano pervenuto. Inoltre, secondo lui, si potrebbe credere che solo le leggi romane rappresentassero una trista parte « quando non vi supplisca e lor porga sussidio uno spirito invisibile di amore e di fiducia » (p. 59). Come se alcuna legge al mondo avesse mai reso superfluo o fatto nascere siffatto spirito invisibile. Quanto quello scrittore raffigura con disprezzo come un difetto delle leggi romane, è invece un ordine di cose che Iddio ha trovato di assegnare in generale all'umana natura.

(*g*) Si può qui citare la bella descrizione della vita di famiglia nei tempi antichi, che ne dà Columella, *De re rust.* Lib. 12, praef., § 7, 8: « Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta.... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus, aut foemina propriam esse juris sui diceret, sed in commune conspirabatur ab utroque. » Ed appunto ne' buoni tempi antichi, ch' egli dipinge, la *in manum conventio*, quindi l' autorità rigorosa del marito, era molto più frequente, che nei tempi sussecutivi, in cui si fece sempre più rara.

Digitized by Google

compatibile con un ordinamento pubblico che li ammetteva a tutti i diritti politici, e perfino alle supreme magistrature, ad onta che rimanesse intatta la patria potestà.

Cotesto carattere generale del Diritto di famiglia ci riuscirà ancora più chiaro, esaminando il vero elemento giuridico dei singoli instituti di Diritto che vi dominano. Tale elemento consiste per ciascuno di essi nelle condizioni della sua esistenza e del suo riconoscimento, e concerne partitamente quanto si richiede perchè sia possibile che sussista quel rapporto di Diritto, il modo con cui si forma ed i motivi per cui si discioglie; il che dicasi tanto del matrimonio, quanto della patria potestà, quanto finalmente della parentela. A questo precisamente si limita l'elemento giuridico, in quanto concerne siffatti rapporti di Diritto in sè stessi; ma vi si aggiunge anche l'importante influenza, che ogni rapporto di Diritto esercita sugli altri, al di là de' proprii confini, della quale entriamo a parlare relativamente a ciascuno dei tre rapporti summenzionati.

Ecco gli effetti del *matrimonio* su altri rapporti di Diritto:

1) Origine della patria potestà sui figli generati nel matrimonio. Questo è nuovamente un rapporto di Diritto affatto separato, e che non contiene alcuna nuova disposizione sulla relazione reciproca de' coniugi.

2) Protezione contro le offese della sua dignità morale, per mezzo delle istituzioni del Diritto criminale.

3) Moltiplici modificazioni nel Diritto de' beni, come sarebbero la dote, la donazione a causa di nozze, e simili.

Digitized by Google

La parte maggiore e più importante di questi instituti di Diritto non sono conseguenze immediate e necessarie del matrimonio stesso, ma conseguenze di altrettanti atti della libera volontà, che per altro non possono sussistere se non colla esistenza del matrimonio.

La *patria potestà* opera sui beni nel modo seguente. Il figlio è incapace di acquistare beni per sè stesso, e quindi nemmeno di averne; può acquistarne invece pel padre, anzi nel padre siffatto acquisto deriva necessariamente dagli atti del figlio. Tale rappresentazione, non meno possibile che necessaria, del padre per mezzo degli atti, con cui il figlio acquista beni, viene contrassegnata come una unificazione di entrambi, ma è però in vario modo limitata dall' istituzione dei peculii (sotto qualche aspetto fallacemente così denominati). — Confrontando tale moltiplice influsso della patria potestà colle relazioni naturali, che abbiamo poste per base della famiglia, ne abbiamo gli effetti seguenti. Il bisogno dell' educazione è, per fermo, soddisfatto dalla patria potestà; però non propriamente dal suo elemento giuridico, ma da quel potere, non determinato dal Jus, che il padre ha sempre sul figlio, anche prescindendo dalla sua età. Tutto il resto, invece, ed appunto l' effetto puramente giuridico sui beni, già da noi osservato, non ha alcuna relazione coll' educazione, e piuttosto vi domina manifestamente l'idea, per cui il figlio raccoglie in sè stesso la personalità del padre, e la prolunga anche dopo la vita di lui, per trasmetterla ne' proprii figli e perpetuarla così di età in età. Tale idea s' incarna mirabilmente nella rappresentazione del

Digitized by Google

padre, per mezzo degli acquisti del figlio, e nel modo affatto speciale con cui il *suus* ottiene il retaggio paterno; e si manifesta ancora nell' incapacità del figlio di aver beni, la quale senza dubbio si fonda sul principio che al figlio non occorre un proprio patrimonio, essendo che di fatto quello del padre è anche suo (*h*). Questa incapacità ci spiega, inoltre, manifestamente perchè non fosse necessario di proteggere particolarmente i beni del figlio soggetto alla patria potestà, finchè durava la minorità; ciò voleasi per altro qui osservare, imperocchè in esso è il punto di partenza, da cui procede, come surrogato artifiziale, la tutela (§ 55).

Da ultimo, la *parentela* è fra tutti tre i rapporti il più indeterminato, per ciò stesso ch' è soggetta a tante gradazioni, e poi insensibilmente si dilegua; anzi, d' ordinario, ponendosi il carattere dei rapporti di diritto in una reciprocità di diritti, non è nemmeno qualificata, come vero rapporto di famiglia, non avendo i parenti, come tali, salvo poche eccezioni, diritti da esercitare l' uno in confronto dell' altro. Ma, pei principii superiormente esposti, questo fatto a noi non impedisce di trattare anche la parentela

(*h*) Diciamo che *di fatto* è anche suo, perchè, nello stato naturale della vita di famiglia, il figlio partecipa al godimento del patrimonio. Tuttavia, havvi altresì il potere legale del padre, soggetto a poche restrizioni, di rifiutare al figlio que' vantaggi pel presente e di privarnelo anche per l' avvenire. È un rapporto di Diritto simile a quello della dote, che in diritto appartiene al marito, di fatto alla moglie; solo che riguardo alla dote eravi maggior occasione di darvi più ampio svolgimento e di formularlo in regole determinate.

Digitized by Google

come rapporto di famiglia propriamente detto. Infatti, anche per la parentela sono esattamente determinate le condizioni giuridiche della sua esistenza, nè essa manca di operare eziandio su altri rapporti di Diritto. Opera, innanzi tutto, sul matrimonio, escludendone in certi gradi la possibilità, e talvolta anche, in duplice modo, sui beni. Primo, ed è questo il suo effetto più importante, relativamente al Diritto d' eredità, pel quale unicamente diviene indispensabile lo stabilirla colla massima precisione; secondo, ed è un effetto di minor momento, sull' obbligo di prestare gli alimenti, il quale però incombe soltanto ad alcune specie di parentela; questo è il solo caso in cui v' abbia reciprocità di diritti fra parenti contemporanei.

Secondo i principii da noi esposti, ogni rapporto di famiglia, sotto l' aspetto naturale-morale, consistendo nella relazione scambievole tra due singole persone, è del tutto individuale; sotto l'aspetto giuridico, consistendo, per sua essenza, soltanto nel diritto ad essere universalmente riconosciuto, è il rapporto d' una persona con tutti gli altri uomini. Così, a darne un esempio, un padre, per la patria potestà, non ha direttamente se non il diritto di far riconoscere tale suo potere da chiunque volesse impugnarlo, e tale diritto colpisce il figlio stesso, nulla più e nulla meno di qualunque terza persona. Oltre a questo, poi, siffatto rapporto di Diritto, riconosciuto che sia, può servire di fondamento a molti altri Diritti, quali sarebbon quelli sulla proprietà, sulla successione ecc.

Tali principii trovano una solenne conferma nelle forme

Digitized by Google

della procedura romana. Qui l'azione è un *praejudicium*, vale a dire, un'azione che non importa una *condemnatio*, ma soltanto la dichiarazione dell'esistenza d'un rapporto (*i*), ed appunto per questo siffatte azioni ebbero tal nome, servendo esse a preparare altre azioni future. Tutte poi sono *in rem*, cioè valgono in confronto di chiunque, e non esclusivamente contro una data persona, come le azioni scatenti dalle obbligazioni (*k*).

§ 55.

Diritto di famiglia. Continuazione.

Abbiamo finora considerata la famiglia nel suo complesso naturale; ma il Diritto positivo poteva, sul tipo di questo instituto naturale, modellare altri instituti affini, che ci si presentano come altrettante ampliazioni artifiziali del Diritto di famiglia. Siffatti rapporti di famiglia positivi si distinguono dai naturali nel non avere, come questi, una base naturale morale, onde manca loro il carattere d'una necessità assoluta; e perciò, nel linguaggio legale de' Romani, non appartengono al *Jus naturale*.

Il Diritto di famiglia, fu, nel Jus romano, ampliato artifizialmente negli instituti, che seguono:

(*i*) Gajo, IV, § 44, 94, Vedi *L.* 1, § 16, *L.* 3, 4, *de agnosc* (XXV, 3), *L.* 1, § 4, *de lib. exhibendis*, (XLIII, 30).

(*k*) § 13, *J. de act.* (IV, 6).

Digitized by Google

1) *Manus.* Essa consiste in una fusione artifiziale dei due rami principali della famiglia naturale, il matrimonio e la patria potestà. La moglie entra, per tal modo, nella relazione legale di figlia del marito; ed abbiamo così un' appendice esterna al matrimonio, ed una modificazione di esso, in ispecie per quanto concerne i beni. — L' idea, che abbiamo ora data della *manus*, vale però soltanto pei tempi più tardi del Jus romano, allorchè stava in libertà dei contraenti il conchiudere il matrimonio, con tale aggiunta; imperocchè ne' prischi tempi ell'era l' unica forma possibile del matrimonio.

2) *Servitus.* La relazione d'uno schiavo col suo padrone aveva, presso i Romani, due caratteri giuridici del tutto differenti, che in fatto però erano sempre riuniti: il *dominium* e la *potestas.* Il *dominium* costituiva un vero diritto di proprietà pura; lo schiavo era parificato pienamente a qualsiasi altra cosa, e poteva non solo essere venduto in piena proprietà, ma essere altresì dato ad usufrutto, ad uso od in pegno; il padrone finalmente aveva contro chi ledesse tali suoi diritti le azioni medesime concedute a tutela della proprietà, ed innanzi tutto la rivendicazione. — La *potestas* costituivane una parte integrante della famiglia, ed era modellata sulla patria potestà, con cui aveva molta analogia. L' analogia dello schiavo col figlio di famiglia si comprova nella proprietà, che in origine il padre aveva anche sui figli, nel nome comune di *potestas*, nell' essere gli schiavi, al pari dei figli, ad una medesima condizione, quanto all' incapacità di possedere, nella rappresentazione

Digitized by Google

possibile e necessaria del padre mercè gli atti d' acquisto dello schiavo e finalmente nel peculio. Se ai nostri sentimenti ripugna siffatta parificazione de' figli cogli schiavi, non dobbiamo però dimenticare che negli antichi tempi, in cui fu stabilito cotesto instituto, lo schiavo era il coltivatore del padrone, e quindi il compagno de' suoi lavori e spesso anche il commensale. Naturalmente, poi, tale parificazione non ebbe più senso, nè fu più conveniente quando, ne' tempi sussecutivi, cangiatasi affatto la foggia di vivere, gli schiavi diventarono, in modo enorme, oggetto di lusso, e di mercimonio; e fu appunto una delle più importanti cause d' infermità dello stato sociale de' Romani, il non aver pensato a tempo ed abbastanza profondamente a modificare, secondo i mutati bisogni, la condizione degli schiavi e dei liberti. Alla *potestas* appartiene, finalmente, anche la manomissione, vale a dire, la facoltà del padrone di concedere allo schiavo la libertà, e d' ordinario anche la cittadinanza; inoltre il *liberale judicium*, e la *vindicatio in servitutem* e *in libertatem*, che prestava alla *potestas*, lo stesso officio, come la *vindicatio* al *dominium*. — Una cosa differente da tutto quello che precede è l' incapacità di Diritto quasi assoluta dello schiavo; imperocchè, poteva esservi anche in quelli, che per caso non fossero soggetti nè al *dominium* nè alla *potestas*, cioè ne' *servi sine domino*. Infatti, benchè tutto l' instituto giuridico della schiavitù non fosse stato introdotto e costituito se non in vista del potere del padrone, ne sorse poscia l' idea generale della *schiavitù*, come di stato speciale di persone, che poteva conti-

Digitized by Google

nuare a sussistere ed a produrre effetti, anche nel caso che lo schiavo rimanesse accidentalmente senza padrone (*a*).

3) ***Patronatus.*** La manomissione rende libero lo schiavo e secondo le circostanze, gli dà un posto più elevato o più basso fra gli uomini liberi. Ma tra il patrono ed il liberto continua a sussistere una relazione personale, che ha nuovamente il carattere d' un rapporto di famiglia, come l' aveva il rapporto di schiavitù, dal quale derivò con una

(*a*) Vi appartengono i casi seguenti: 1) il *servus poenae*, che non era proprietà dello Stato. *L.* 17, *pr. de poenis,* (XLVIII, 19), *L.* 3, *pr. de his q. pro non scr.* (XXXIV, 8), *L.* 12, *de j. fisci* (XLIX 14), *L.* 25, § 3, *de adqu. hered.* (XXIX, 2). — 2) il Romano, fatto prigioniero dall'inimico; perchè il nemico, non avendo capacità di Diritti, non poteva nemmeno avere alcuna *potestas* od alcun *dominium.* — 3) il manomesso, sul quale un terzo aveva acquistato il diritto d' usufrutto, prima che fosse liberato. Ulpiano, I, § 19, (*L.* 1, *C. comm. de manumiss.* VII, 15). — 4) lo schiavo abbandonato dal suo padrone, *L.* 38, § 1, *de nox. act.* (IX, 4), *L.* 36, *de stip. serv.* (XLV, 3), *L.* 8, *pro derelicto,* (XLI 7). La prescrizione di un editto dell' imperatore Claudio, per cui lo schiavo *ammalato,* inumanamente derelitto dal padrone, veniva per questo fatto ad acquistare la *latinità,* era cosa affatto speciale e tutta positiva. *L.* 2, *qui sine manum,* (XL, 8), *L. un.* § 3, *C. de lat. libert.* (VII, 6). La regola per altro rimaneva intatta. — La condizione del *servus poenae* era più dura di quella del *servus fisci;* quindi il condannato veniva per grazia fatto *servus fisci* ed il figlio della donna condannata al carcere era *servus fisci. L.* 24, § 5, 6, *de fideic. lib.* (XL, 5). D' altro canto, gli schiavi senza padrone non potevano mai diventare liberti; se ottenevano la libertà (il condannato, per mezzo della restituzione ed il prigioniero in forza del postliminio) ritornavano ad essere *ingenui.* Paolo, IV, 8, § 24.

Digitized by Google

modificazione. Il patronato ha un notevole effetto sul Diritto de' beni, annodandovisi in vario modo e successione ereditaria ed obbligazioni. Vi si aggiungono inoltre instituti di Diritto criminale, stabiliti a tutela dell'alta posizione del patrono rispetto al liberto.

4) *Mancipii causa*. Negli antichi tempi, il padre, appena differendo dalla proprietà il suo potere sui figli, poteva anche venderli; lo stesso dicasi del marito che aveva *in manu* la moglie come figlia. Ma tali persone libere, così alienate, non potevano avere col nuovo padrone se non una relazione più mite e diversa da quella de' veri schiavi, e questa era la *mancipii causa*, condizione di mezzo tra il libero e lo schiavo, e dalla quale, per mezzo della manomissione, sorgeva un patronato, simile al patronato ordinario sugli schiavi. Siffatti liberi alienati, non erano del tutto uguali agli schiavi se non nella incapacità di possedere, e nell'acquistare pel padrone. — Tali rapporti di diritto, puramente come forme giuridiche dello scioglimento della patria potestà, si mantennero in uso più esteso, anche quando la vendita effettiva dei figli era già da lungo tempo passata in dissuetudine, e perfino punita.

5. *Tutela* e *curatio*. La sostanza di questo instituto di Diritto è indubbiamente la tutela sugli impuberi, la quale vuol essere considerata come un surrogato della patria potestà, nel caso chè, per accidente, venga ella a mancare. Conviene soltanto vedere in qual senso ne sia un surrogato, ed entrando in tale questione, escluderemo innanzi tutto che supplisca all'unità di persona, propria della patria po-

Digitized by Google

testà, perchè il pupillo non rappresenta certo la persona del tutore. Piuttosto si potrebbe crederla un surrogato della relazione di educazione; ma anche questa non è propria particolarmente della tutela, e non vi può essere congiunta se non per caso. Il vero senso, in cui avvenne tale surrogazione, è il seguente. L' impubere, proprietario di beni, non può amministrarli, cioè, è incapace d' agire; ora, siccome gl' impuberi stanno per lo più sotto la patria potestà, non havvi per essi alcuna difficoltà, perchè tutto quello che acquistano si perde, anche senza di ciò, nella sostanza del padre, ed essi quindi non possono aver beni (§ 54); in altre parole, la loro incapacità d'agire è resa indifferente dalla loro incapacità di Diritto. Altrimenti, stanno le cose, allorquando, per accidente, l' impubere si trovi senza padre, e quindi possa avere beni proprii; ed in tal caso havvi una sconcordanza tra la capacità di Diritto, che sussiste, e la capacità d' agire che manca, sconcordanza alla quale vuol essere soccorso con un rimedio artifiziale positivo.

Su questo unicamente si fonda la tutela primitiva, perchè unicamente, in questo caso, ha un bisogno di natura generale, importante e spesso ricorrente. Gli altri casi della tutela e la curatela intiera, sono altrettante imitazioni di questo all' atto di somiglianti bisogni, e tutti hanno con esso di comune che ricorrono solamente quando il rapporto, strettamente giuridico della *potestas* o della *manus* non renda superfluo qualunque supplimento artifiziale. — Il contenuto giuridico, di tali rapporti è doppio, supplendo essi, in primo luogo, alla mancante capacità d' agire in un ca-

Digitized by Google

pace di diritto, e cangiandosi, in secondo luogo, più tardi in obbligazioni tra colui, che fu tutore o curatore, ed il pupillo e il soggetto a cura.

A' tempi dei giureconsulti classici, i cinque instituti, da noi fin qui esposti, costituivano ogni ampliazione artifiziale del diritto di famiglia. A' tempi di Giustiniano avrebbe dovuto aggiungervisi ancora un sesto, vale a dire il *colonato*, istituto, allora già da molto tempo esteso ed importante, e la cui essenza era riposta in una obbligazione ereditaria, indissolubile, a coltivare un dato terreno; il colonato era affine alla *servitus*, ma sostanzialmente ne differiva (*b*). Se nel primo libro delle nostre Instituzioni non è fatto cenno di tale rapporto, siffatto silenzio non vuolsi attribuire a ragioni interne, ma piuttosto soltanto alla scarsa originalità di creazioni intellettuali nel secolo di Giustiniano. Invece di esporre originalmente il diritto vivente de' tempi, che allora correvano, que' giuristi se ne stettero paghi di far qualche cangiamento ai libri dei tempi classici; sicchè, salve poche eccezioni, rimasero ristretti nella cerchia delle materie in que' libri trattate. Nei riguardi più importanti i rapporti artifiziali di famiglia sono d' un genere affine ai naturali (§ 54), essendo anch' essi rapporti di Diritto, in confronto di chiunque si rifiutasse di riconoscerli, e venendo anch' essi difesi per mezzo di *praejudicia* (*c*).

(*b*) Savigny, *Sul colonato romano*, nella *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss.* Vol. 6, N. 4.

(*c*) § 13, *J. de act.* (IV, 6).

Digitized by Google

Ci siamo finora serviti della denominazione di rapporti di famiglia naturali ed artifiziali, acciocchè quelle parti del Diritto di famiglia, che appartengono al *jus naturale*, fossero più rigorosamente distinte da quelle che punto non vi si attengono. Però, a scanso di qualunque equivoco, convien osservare che i Romani attribuirono una ben diversa natura agl' instituti da me detti artifiziali. Quanto alla *manus* ed alla *mancipii causa* non poterono disconoscere ch' erano affatto proprie del Jus romano e quindi appartenevano al *jus civile;* lo stesso poteva dirsi del patronato. All' incontro, ascrissero al *jus gentium* (*d*) la tutela, in quanto si riferisce agli impuberi, e così pure la schiavitù, la quale presso tutti gli altri popoli era certo uguale come presso i Romani (*e*). Quanto alla schiavitù, è poi degno d' essere maturamente considerato il rivolgimento delle idee giuridiche, sorvenuto per effetto del cristianesimo. Nessun filosofo dell' antichità reputava possibile che uno Stato sussistesse senza schiavi. Nessuno degli Stati cristiani d' Europa, invece, ammette la possibilità della schiavitù, ed in quelli fuori d' Europa la lotta fra la continuazione o l' abolizione di essa è uno degli assunti più importanti, riserbati all' avvenire.

Ai rapporti di famiglia, che finora siamo andati esponendo, si collegano strettamente due altre materie: la rap-

(*d*) Gajo, I, § 189.

(*e*) *L.* 1, § 1, *de his qui sui* (I, 6), § 1, *J. eod.* (I, 8).

Digitized by Google

presentazione nell' acquisto de' beni, ed i differenti gradi della capacità di diritto.

La rappresentazione nell' acquisto dei beni (§ 113) s' attiene alla *potestas*, alla *manus*, al *mancipium*, quindi a tre, o più propriamente a quattro, rapporti di famiglia. Però, ogni rapporto di famiglia non ha un sì importante effetto, e non l' hanno nominatamente il matrimonio, come tale, la parentela, il patronato, e la tutela. Adunque, il diritto di famiglia è molto più esteso della rappresentazione nell' acquisto de' beni, e non vuol esservi reputato identico.

La capacità di diritto (della quale tratteremo estesamente nel § 64 e seg.) si fonda sopra tre classi, nelle quali vengono divisi gli uomini, ed a cui corrispondono tre gradi della *capitis diminutio*. Le classi degli uomini *liberi* e dei *servi*, dei *sui juris* ed *alieni juris* dipendono pienamente da alcuni de' suaccennati rapporti di famiglia; all' incontro la terza classificazione (*cives*, *latini*, *peregrini*) è affatto straniera al Diritto di famiglia, e perfino al Diritto privato; d' altro canto, anche diversi rapporti di famiglia, quali sarebbono il matrimonio per sè stesso, la parentela, il patronato, la tutela non hanno alcuna influenza sulla capacità di diritto. Quindi anche la dottrina della capacità di diritto non è assolutamente identica col Diritto di famiglia; anzi ambedue le materie hanno confini affatto differenti.

Vuolsi, da ultimo, accennare ancora alle fasi, cui gl' instituti, attinenti al Diritto di famiglia, andarono soggetti col volger de' tempi. Fino dal secolo di Giustiniano, la *manus* e la *mancipii causa* erano già scomparse del tutto. Più tardi,

Digitized by Google

l'Europa moderna, accettando il Jus romano, ripudiò la schiavitù ed il patronato. Nemmeno il colonato romano ebbe stabile impero nella moderna Europa, essendo stato compiutamente sostituito, dall'istituto germanico, della servitù della gleba. Infatti, in Italia ed in Francia il colonato fu da questa cacciato in bando, e nella parte maggiore dell'Alemagna non vi fu accettato col rimanente Diritto romano. Di tutti quegl'instituti, nel Diritto attuale, più, adunque, non sussistono se non il matrimonio, la patria potestà, la parentela e la tutela.

Invece, dopo il medio evo, sorsero nel Diritto germanico, nuovi instituti, nei quali, come ne' rapporti di famiglia de' Romani, è principalmente dominante un elemento morale, e che, per ben comprenderne la natura, devon essere riferiti parte al Diritto di famiglia e parte al Diritto pubblico, se non in tutto, almeno sotto qualche aspetto. Di tali instituti sarebbero l'intiero sistema feudale, i rapporti sommamente varii tra padroni e contadini, ed in ispecie la summentovata servitù della gleba. Appunto, perciò, devesi evitare di prefiggere in prevenzione, per tutti i tempi e per tutti i popoli, i confini del Diritto di famiglia, e deesi lasciare invece ad ogni Diritto positivo libero campo di svolgersi, come meglio si richiede. — Tale progressivo svolgimento del Diritto si mostra in modo specialmente degno di nota, in uno dei rapporti più usuali del Diritto moderno, quello tra i padroni e le persone di servizio. Secondo i principii del Jus romano, non è se non un contratto *(operae locatae)*; e quest' idea sì ristretta per essi bastava, supplendo

Digitized by Google

il grande numero degli schiavi al bisogno di servitori liberi. La cosa è ben diversa presso di noi, che non abbiamo schiavi; sicchè, quel rapporto divenne un bisogno generale ed importantissimo, tanto che non basterebbe il trattarlo come qualunque contratto di locazione d'opera ed il Codice prussiano, assai giustamente, le annoverò tra i diritti delle persone, e non fra i contratti (*f*).

§ 56.

Diritto dei beni.

Abbiamo già indicato (§ 53) avere il Diritto de' beni due oggetti, le cose e le azioni. Questa è pure la base della capitale sua divisione in *Diritto delle cose* e *Diritto delle obbligazioni*. Materia del primo è il possesso ossia il dominio di fatto sulle cose. Come diritto, la sua forma semplice e compiuta è la *proprietà* ossia il dominio illimitato ed esclusivo di una persona sopra di una cosa. Ma per avere una chiara idea dell' essenza della proprietà, dobbiamo farvi precedere le seguenti considerazioni generali. Ogni uomo è chiamato a dominare sulla natura non libera, ma in pari tempo deve riconoscere in tutti gli altri uomini un uguale diritto, e da questo reciproco riconoscimento, allorchè gl' individui vengono a contatto, sorge la necessità di un conciliamento, la quale dapprincipio appa-

(*f*) A. L. R. II, 5.

Digitized by Google

risce vaga ed indeterminata, ma non può essere soddisfatta se non coll' assegnamento di determinati confini. La comunità nello Stato soddisfà tale bisogno per mezzo del Diritto positivo. Allorchè, per siffatto modo, si attribuisca allo Stato il dominio complessivo su tutta la natura non libera, giacente entro a' suoi confini, tutti gl' individui ci si presentano come altrettanti partecipi a questo dominio complessivo, e l' impresa consiste nel trovare una data regola, secondo la quale se ne faccia la divisione fra' singoli individui. Al che fare si presentano tre mezzi, che non si debbono però supporre gli uni escludenti gli altri, potendo anzi in data misura simultaneamente sussistere. Ecco come si possono dinotare siffatti tre mezzi:

1. Beni comuni e godimento comune. Tale è il carattere di tutta la rendita dello Stato, tanto se consista in imposte, in diritti regali, o beni del Demanio; imperocchè, in realtà ogni cittadino (benchè spesso in differente grado) trae profitto dalle istituzioni pubbliche, con tali rendite mantenute o ne gode.

2. Beni comuni e godimento privato. Questa specie di ripartizione (ch' è la più rara) s' incontra presso i Romani nell' *ager publicus* de' prischi tempi, e nelle corporazioni moderne, quanto ai beni comunali.

3. Beni privati e godimento privato, dipendente dalle azioni libere o dagli avvenimenti della natura, riconosciuti nel Diritto positivo. Siffatta forma, che da per tutto predomina, è la sola, di cui tratti il Diritto privato. In essa abbiamo il concetto della proprietà che, pienamente rico-

Digitized by Google

nosciuto, conduce alla possibilità della ricchezza e della povertà, ambedue senza alcun limite, che ne restringa l'estensione.

Altro dominio per parte dell' individuo sulla natura non libera, oltre alla proprietà, non è dato immaginare; ma, entro i confini di questa, si possono invece concepire moltiplici restrizioni di tale dominio, le quali, secondo le disposizioni d' ogni Diritto positivo, costituiscono altrettanti *jura in re*, come particolari instituti di Diritto. Tutti i diritti possibili sulle cose, vale a dire proprietà e *jura in re*, vanno compresi sotto il nome comune di *diritti reali* (*a*).

Il dominio parziale sulle azioni altrui forma tema del Diritto delle obbligazioni, nel quale sono stabilite le regole e le forme di quello che noi intendiamo col nome generico di relazioni d'affari. Però, tutte le azioni non sono atte ad essere oggetto di obbligazioni, e lo possono divenire soltanto quelle che, per la loro materiale natura, ponno essere considerate come esteriori alla persona e simili alle cose.

Riassumendo quanto fu detto finora, chiaro si scorge l'antagonismo fra il Diritto dei beni ed il Diritto di famiglia. In ambedue le parti del primo la materia non consiste come in questo, in un rapporto naturale-morale; i diritti dei beni non hanno una natura mista, ma sono piut-

(*a*) Accenniamo qui tale terminologia soltanto in generale, per prevenire gli equivoci. Allorchè tratteremo particolarmente del Diritto delle cose, ne stabiliremo più esattamente il concetto, ed enumereremo i singoli *jura in re*.

Digitized by Google

tosto meri e semplici rapporti di Diritto; non appartengono al *jus naturale*, ed il riconoscerne l'esistenza è cosa meno necessaria, più soggetta alla libera volontà e più positiva che quando si tratta degli instituti del Diritto di famiglia. D'altro canto qui non vi può essere incertezza, sul vero elemento giuridico, onde consistano; imperocchè, dovendo essi contenere un'ampliazione della libertà individuale (§ 53), siffatto potere, siffatto dominio, che ci assicurano, forma appunto il loro contenuto come instituti di Diritto.

Contro la nostra proposizione che il Diritto de' beni non racchiude un elemento morale, come il Diritto di famiglia, taluno potrebbe opporre che la legge morale deve avere il suo impero sopra ogni specie di azioni dell'uomo, e che perciò anche i rapporti sui beni debbono di necessità avere una base morale. Noi non negheremo ch' essi abbiano siffatta base morale, dovendo l' opulento considerare le sue ricchezze soltanto come un bene affidatogli, perchè l' amministri; ma osserviamo che quest' ordine di idee morali è pienamente straniero al campo del Diritto. La differenza consiste adunque in questo che i rapporti di famiglia non vengono se non parzialmente regolati dalle leggi di Diritto, rimanendone una gran parte abbandonata esclusivamente alle influenze morali; ed i rapporti de' beni per lo contrario, sono in tutto e per tutto soggetti al dominio della legge giuridica, senza alcun riguardo che l' esercizio del Diritto sia poi morale od immorale. In conseguenza di tale principio, il ricco può lasciar perire d'inedia il povero, rifiutandogli ogni soccorso, od esercitando con ogni rigore

Digitized by Google

i suoi diritti di creditore; ed i rimedii, contro di questo male, non sorgono sul campo del Diritto privato, ma procedono dal Diritto pubblico, consistendo nelle istituzioni a favore dei poveri, alle quali il ricco può certamente essere obbligato di contribuire, benchè forse non si possa direttamente scorgere come ne avvenga la sovvenzione. È, dunque, pur sempre vero che, al Diritto de' beni, quale instituto di Diritto privato, non vuolsi attribuire alcun elemento morale; nè con ciò si disconosce il dominio assoluto delle leggi morali, nè si pone in equivoca luce la natura del Diritto privato (vedi § 52).

Sembra, a primo aspetto, che le accennate due parti del Diritto de' beni siano sì invariabilmente determinate dalle diversità del loro oggetto, che da per tutto si debbano incontrare sì nettamente definite. Ma, addentrandoci nell' esame, scorgiamo ch' esse porgono invece un larghissimo campo a moltiplici disposizioni del Diritto positivo presso i differenti popoli; tali differenze consistono parte nell' assegnamento de' confini, che separano il Diritto delle cose dalle obbligazioni, parte nella relazione in cui sogliamo raffigurare l' una parte del Diritto a fronte dell' altra. — Per ciò che concerne la separazione del Diritto delle cose dalle obbligazioni, hannovi certamente alcuni punti estremi, ne' quali non è dato in nessun modo disconoscere la diversità della loro natura: tali sarebbero da un canto la proprietà assoluta colla rivendicazione illimitata; dall' altro il contratto tra il padrone e la gente di servizio, ed il mandato. Ma, tra questi due estremi, havvi un ravvicinamento

Digitized by Google

naturale, o, per meglio dire, un lento passaggio dall'uno nell'altro, in quanto che la parte maggiore e più importante delle obbligazioni tende ad ottenere, per mezzo di azioni libere un diritto reale od almeno l'esercizio ed il godimento di esso (*b*). In tale riguardo, è cosa tutto propria del Jus romano il far risaltare con ogni precisione la proprietà, parte assegnandole gli effetti assoluti della rivendicazione (*c*) e parte non ammettendo se non un picciol numero di *jura in re*, atti a restringerla (*d*). Tutto dipende, adunque, dal vedere se è oggetto del nostro diritto la cosa per sè stessa indipendentemente da un' azione altrui, o se il nostro diritto non s' aggiri immediatamente sopra un' azione altrui, quale oggetto del nostro dominio, benchè poi tale

(*b*) Vale a dire tutte le *dandi obbligationes*. — A ciò si fonda la terminologia di varii scrittori moderni, i quali distinguono le obbligazioni (*jura personalia*) *in jura personalia in specie* e *jura ad rem*. Daries, *Inst. jurispr. priv.* § 31. — Così il Codice prussiano, p. I, tit. 2, § 123, 124, ammette come genere il diritto personale, e come specie il diritto *ad una cosa*.

(*c*) Al contrario, il Diritto francese non ammette in massima alcuna rivendicazione delle cose mobili, e l'accorda solo in via di eccezione per alcuni modi speciali con cui si perde il possesso. E così parimenti il Diritto prussiano attribuisce all'acquirente di buona fede d' ogni specie di cose il diritto di pretendere dal proprietario il risarcimento del prezzo d'acquisto.

(*d*) Il Jus romano non ammette *jura in re*, se non in singoli casi specialmente determinati. Il Codice prussiano, invece, dichiara diritto reale, ogni diritto d'uso della cosa altrui, allorchè sia accompagnato da possesso, senza che ne faccia differenza l' occasione e lo scopo.

Digitized by Google

azione abbia per iscopo di procurarci il diritto ad una cosa od al godimento di essa. Quale sicuro indizio di questa distinzione, abbiamo l'esserci data una *actio in rem* od una *actio in personam* (*e*), la qual differenza per lo più, ma non però in ogni cosa, coincide colla differenza che passa tra l'essere dirette contro qualunque avversario possibile, oppure soltanto contro uno determinato (*f*). — Anche la vicendevole relazione di queste due parti de' beni può essere resa oscura dall' in-

(*e*) Ciò non vuol dire che i confini di queste due specie di azioni coincidano con quelli del Diritto delle cose e del Diritto delle obbligazioni, poichè hannovi molte *actiones in rem* assai importanti, le quali non appartengono al Diritto delle cose. Bensì tutte le azioni, procedenti da diritti reali, sono *in rem*, e tutte le azioni, procedenti da obbligazioni, sono *in personam*. L'esposizione più profonda di questa materia appartiene ad un'altra parte dell'opera.

(*f*) Di sovente vien detto l'essenza dell'*actio in rem*, per contrapposto di quella *in personam*, consistere nel poter essere diretta contro qualunque terza persona, contro qualsiasi persona, mentre non è così dell'altra. Ma l'*actio quod metus causa*, essendo *in rem scripta*, può essere diretta contro qualunque terzo, e rimane nullameno *actio in personam*. — Queste, però, non sono se non rare eccezioni, e volendo considerare le cose nel loro complesso, si può certamente dire che i diritti reali si distinguono dalle obbligazioni, appunto perchè valgono in confronto di chiunque, e non soltanto verso determinati individui. Conseguenza di tale principio, vero nella sua generalità, è pur quella che i diritti reali, essendo esercitabili contro qualunque avversario, e quindi nella massima estensione, hanno anche una natura più rigorosamente determinata delle obbligazioni, vale a dire contengono più Diritto assoluto o *jus publicum* (§ 16).

Digitized by Google

certezza de' loro confini. Il Jus romano, le distingue rigorosamente e tratta ogni parte separatamente come affatto indipendente entro a' suoi speciali confini. Così pone la proprietà come dominio assoluto sopra una cosa, senza riguardo all' obbligazione che per avventura servì di mezzo o di preparativo per acquistarla, e l' obbligazione, come dominio assoluto sopra un atto altrui, senza riguardo al diritto reale, al cui conseguimento tende per avventura quell'atto. Da tale metodo, pienamente consentaneo alla natura di codesti diritti, è possibile scostarsi in doppia maniera, cioè, prendendo a considerare unicamente le obbligazioni, per modo che i diritti reali non ne appaiano, se non come altrettante conseguenze o derivazioni (*g*), oppure, viceversa, risguardando i diritti reali come l' oggetto esclusivo delle regole di diritto, per cui le obbligazioni non vengano considerate, se non qual mezzo d' acquistare i diritti reali (*h*). Ciascuno di

(*g*) Ciò troviamo in Domat, *Lois civiles*. Infatti egli divide tutto il diritto in *engagements* (diritto tra viventi) e *successions* (diritto d'eredità). Gli *engagements* sono obbligazioni, nelle quali solo occasionalmente trovansi frammisti anche diritti reali, come conseguenze o conferme.

(*h*) Così è nel *Code civil* francese, che ha tre libri: 1) delle persone, 2) delle cose e delle modificazioni della proprietà, 3) dei modi d'acquistare la proprietà; questi modi sono di tre specie: *a*) la *succession*, ossia successione intestata, *b*) le donazioni tra vivi ed i testamenti, *c*) e gli effetti delle obbligazioni (art. 711). — Però siffatta preponderanza della proprietà, non è se non apparente, essendo il secondo libro assai scarso; mentre il terzo contiene invece la parte maggiore di tutto il Diritto privato, sicchè la preponderanza della proprietà non figura se non nel-

Digitized by Google

questi modi di considerare la cosa, come che forzati ed esclusivi, sono d' impaccio al riconoscimento della vera natura dei rapporti di Diritto; anche tacendo che in nessun modo non s' adattano ad alcuni di tali rapporti, sicchè, a voler seguire con coerenza il principio fondamentale, questi dovrebbero essere esclusi dal Diritto (*i*).

Nelle applicazioni particolari, noi intendiamo per *beni* la totalità dei rapporti fino ad ora enumerati, in quanto si riferisce ad una determinata persona, che n' è investita. A compimento di tale importante idea di diritto, servono le seguenti speciali considerazioni. Primieramente il riferimento di questi diritti ad una data persona è accidentale e variabile, per modo che i beni non hanno un limite preciso, se non quando venga stabilito un dato momento, e che in qualunque altro momento, possono avere tutt' affatto differente estensione. In secondo luogo nel considerare in generale i beni d' un individuo, possiamo prescindere dalla qualità dei diritti speciali, che li compongono, e con tale astrazione, essi, al nostro concetto, si tramutano in una pura quantità di elementi identici. Siffatto modo

l' intitolazione. — Così anche il Codice prussiano considera i contratti ed i testamenti soltanto come titolo per acquistare la proprietà (P. 1, Tit. 11, 12, 13).

(*i*) Così, p. e., logicamente parlando, nella classificazione di Domat, non havvi posto per l' occupazione e la specificazione. Il Codice prussiano ed il *Code civil* trattano il mandato come un mezzo d' acquistare la proprietà, quantunque, per la generalità della sua natura, il mandato possa essere benissimo diretto anche ad altri scopi.

Digitized by Google

astratto di considerare i beni, rende poi possibile e necessario di comprendervi anche la parte passiva delle obbligazioni, il rapporto, cioè, del debitore, che non consiste, come pei beni, quali fin qui li abbiamo raffigurati, in una ampliazione della libertà, ma bensì in una restrizione di essa; e risguardando, di tal maniera, parte integrante de' beni anche i debiti, ci è forza ammettere che la totalità de' beni di qualunque individuo possa offrire ora un più, ora un meno, ed ora una quantità indifferente, cioè, ridursi a zero.

Questa idea astratta, puramente quantitativa de' beni, senza cui non sarebbe possibile d' impadronirsi, se non assai imperfettamente, del Diritto, si traduce coll' idea del *valore*, ossia della parificazione degli elementi eterogenei, costituenti i beni, col ridurli ad un terzo dato comune. Anche questa idea del valore, si manifesta esternamente ed entra nella realtà della vita per mezzo del *denaro*, sicchè, nel linguaggio giuridico, valore e valore pecuniario sono sinonimi, e nel fatto, sogliono essere adoperati alternativamente l' uno per l' altro (*k*). Di siffatta guisa i beni di un

(*k*) Nell' antica procedura romana, siffatta riduzione pratica dei diritti, anche più differenti, al valore pecuniario, era posta in particolare risalto. Gajus IV, § 48. — Hegel (*Diritto naturale* § 63), dà una definizione giusta del valore e del danaro, ma è incompiuto nel riconoscere soltanto un valore di proprietà o di vendita, sicchè non ammette nè il valore dell' uso, nè il valore per sè d' una cosa inalienabile, e certamente molto meno ancora il valore delle azioni, ed in ispecie del lavoro di cui ivi l' autore non fa nemmeno cenno. Ma per tale restrizione, tutt' altro che necessaria, quell' idea del valore perde la massima parte della sua utilità.

Digitized by Google

individuo si commutano in una pura quantità, allorquando tutti gli elementi, che li compongono, siano da noi risoluti nella proprietà di somme di danaro; tali sarebbero le proprietà di qualunque cosa, tutti i diritti *in re*, il semplice uso d'una cosa, naturalmente con ispeciale riguardo alla sua durata, e finalmente anche le obbligazioni, cioè, i crediti ed i debiti, tanto se tendano a procurare diritti reali, od il semplice uso di essi, quanto se a ciò punto non si riferiscano *(dare, facere)*. Per tal modo è dato ridurre a vera proprietà la pura *faciendi obbligatio* (*l*), sicchè i beni di un individuo possono sempre essere considerati o come proprietà d'una somma di danaro, o come un debito pecuniario insolvibile, o come equivalenti a zero. L'osservazione fatta in principio di questo paragrafo, che tutti gli atti non sono ugualmente idonei a formar oggetto di obbligazioni, acquista ora un senso più determinato; infatti, non vi sono idonei quelli, che non si possono assolutamente concepire convertiti in somme di danaro; od almeno tali atti, non si ponno se non impropriamente ed in modo imperfetto considerare come obbligazioni.

L'unità, che abbiamo fin qui attribuita ai beni di un individuo, si fonda sulla persona di colui, che li possiede. Una volta, però, che si abbia così stabilita siffatta idea, la

(*l*) Non parleremo qui delle conseguenze pratiche di questa semplice possibilità. Solo, trattando del Diritto delle obbligazioni, potremo esaminare se tale commutazione sia sempre facoltativa pel debitore, o se sia soltanto un mezzo sussidiario pel caso che non sia più possibile l'oggetto primitivo dell'obbligazione.

Digitized by Google

si può, per iscopi determinati, riferire ad altre determinazioni artifiziali, ed in tal caso vi si sostituisce una unità arbitraria. Ne abbiamo esempi nel peculio e nella dote, che certamente per dati scopi, vengono considerati, come parziali unità di beni (*m*). Ogni caso di siffatta specie, suolsi di sovente denominare *universitas juris*; la parola *universitas* indubbiamente vi si attaglia, siccome quella che porge l'idea d'un tutto qualunque, per contrapposto delle varie parti che lo compongono (*n*), ma nel linguaggio legale romano non va congiunta all'altra di *juris*. Di più grave momento, però, e più meritevole di censura si è l'essersi altri da questo nuovo termine tecnico lasciati indurre ad attribuire a que' casi una comune natura, ed applicarvi alcune regole di Diritto arbitrariamente ammesse, quando invece ognuno d'essi ha una natura tutto sua propria e

(*m*) A questi due casi, vuolsi aggiungere quello molto più importante dell'eredità, ma di questo, non può esser fatto parola se non nel seguente paragrafo.

(*n*) Siffatta denominazione è usata per indicare un tutto senza differenza, che sia composto di persone (p. e. una corporazione di cittadini) o di cose (la greggia, la biblioteca), o di diritti (il peculio, la dote); quanto ad una università di cose, non si distingue se le parti ne siano materialmente connesse (la casa per contrapposto dei travi e delle pietre) o no (la greggia); non si distingue finalmente se la connessione materiale sia stata prodotta dalla natura (come nell'animale e nella pianta per contrapposto delle singole loro parti), o dalla volontà dell'uomo (come nella casa).

Digitized by Google

di ognuno vuolsi particolarmente stabilire e la natura e la relativa regola di Diritto (o).

§ 57.

Diritto de' beni. Continuazione.

Abbiamo detto più sopra (§ 53), che nella realtà, i rapporti delle famiglie e quelli de' beni vengono scambievolmente in moltiplice contatto, il quale poi, in ambedue queste classi produce speciali svolgimenti. Così nel Diritto della famiglia la schiavitù sorse puramente dall'avere, nella società di famiglia, accolto un caso della ordinaria proprietà; la *potestas* fu una conseguenza del *dominium* e ne partecipò le sorti, come lo prova la facoltà illimitata di alienare gli schiavi e lasciarli agli eredi. La schiavitù medesima porse alla sua volta occasione al patronato ed al mancipio; la tutela non ha scopo e valore se non riguardo ai beni. Il colonato s' attiene intieramente ad un rapporto obbligatorio, che ne costituisce la sostanza e ne divide gli eventi, come sarebbe nel passaggio agli eredi del signore.

Del pari la famiglia opera ugualmente sui beni. Il primo e più immediato effetto, consiste in ciò che varii instituti de' beni, affatto particolari, si connettono coi singoli rapporti di famiglia medesimi; hannovi in fatto diritti reali

(o) Questo argomento è trattato in modo profondo e convincente da Hasse, Sulla *universitas juris* e *rerum* nell' *Archivio* Vol. 5. N. 1.

Digitized by Google

ed obbligazioni, che non sono possibili nella forma, in cui sono costituiti, e con quell' andamento, se non data la premessa di determinati rapporti di famiglia. Il complesso di tali diritti reali e di tali obbligazioni è da noi detto *Diritto di famiglia applicato*, dal quale appunto la famiglia ritrae principalmente il carattere giuridico a lei proprio (§ 54).

Inoltre anche il Diritto de' beni, entro a' suoi confini, ammette e richiede quell' ulteriore svolgimento, che sogliamo chiamare diritto di eredità, e del quale passeremo adesso a definire il valore.

Noi abbiamo nella loro origine considerati i beni siccome una estensione del potere dell' individuo, e quindi come un attributo della sua esclusiva personalità, ed essendo questa di natura temporaria, i beni d' ogni individuo, dovrebbero, al momento della morte, perdere la loro significazione giuridica, vale a dire, ritornare nel nulla. Ma siccome ogni diritto, in genere, non ottiene realtà e compimento se non nello Stato, in qualità di Diritto positivo di questo Stato medesimo, anche la proprietà non poteva venire ad una esistenza reale se non coll' essere riconosciuta dallo Stato, e, per mezzo della regola del Diritto positivo di esso, riferita ai singoli cittadini nello Stato, come proprietarii (§ 56). Applicando quest' ordine di idee, al caso, di cui ragioniamo, è chiaro che i beni, cessando per la morte del possessore, d' essere un attributo della sua personalità, non ricadono per questo nel nulla, conservando ancora la loro più remota attinenza verso lo Stato, la quale, poichè e' mai non muore, è come lui imperitura. Come

Digitized by Google

poi, secondo l'anzidetto, lo svolgimento giuridico del dominio dell' uomo sulla natura non libera può in differenti modi operarsi, così del pari anche siffatti beni divenuti per effetto della morte senza padrone, ponno essere in varie maniere trattati ed in diverse guise formare, senza interruzione, parte integrante del generale organismo giuridico.

Il primo modo, nel quale può essere raggiunto siffatto scopo, consiste nel far continuare a sussistere i beni come proprietà privata, considerando, per una specie di finzione, che la personalità del defunto sopravviva alla morte; il che può avvenire in due maniere, cioè, parte quando la volontà espressa in vita, determina la sorte de' beni anche dopo la morte (testamenti e patti successorii); parte quando continuano nel dominio de' beni, coloro che in qualche modo erano prossimi alla persona del defunto, durante la sua vita (successione intestata), e qui è assai importante il concetto della continuazione della individualità, fondata sulla parentela (§ 53).

Altro modo di trattare alla morte del possessore quanto era proprietà privata, è quello di considerarla divenuta bene dello Stato. Siffatto ordinamento non è raro presso le nazioni dell' Oriente, e, benchè assai limitato, è pur frequente anche fra gli Stati cristiani d' Europa, nel caso, cioè, che v' abbiano tasse ereditarie, le quali essenzialmente consistono in una divisione dell' eredità fra lo Stato ed altri eredi.

Al caso nostro non fa se non il primo di questi due

Digitized by Google

metodi, non solo perchè è quello riconosciuto dal Jus romano, ma eziandio perchè solo appartiene al Diritto privato, di cui esclusivamente noi ci occupiamo. Ora importa innanzi tutto determinare in quale forma giuridica debba operarsi quel passaggio della proprietà vacante ai nuovi possessori privati. Le differenze, che in tale riguardo s'incontrano non procedono già da una dissonanza di principii, ad uno de' quali convenisse a preferenza appigliarsi; ma dipendono bensì dal modo più o meno profondo di rappresentarsi e di sciogliere l'assunto. Potremmo concepire una legislazione, la quale si limitasse a dare disposizioni, in forza delle quali le singole parti costituenti l'eredità, e che avessero qualche valore, fossero divise effettivamente fra le persone, a cui devono toccare i beni vacanti; e così sarebbe, a stretto rigore, provveduto allo scopo pratico immediato. Ma esaminando il rapporto di diritto, di cui trattasi, nella sua vera essenza, e prendendo in considerazione quanto essa richiede, è chiaro che in tal caso i beni debbono essere trattati come una unità che ha per base il riferimento comune alla persona del possessore defunto, e da quest' idea deriva necessariamente l'altra di risguardare l'eredità, come una quantità pura, astrazione fatta dalla diversità degli elementi, onde può essere composta (§ 56). Siffatta idea, nel linguaggio scientifico, si esprime dicendo che ogni successione ereditaria deve trattarsi come una *successio per universitatem*, oltre alla quale una successione particolare nelle singole parti di essa, non può avvenire se non in via subordinata ed a modo di eccezione restrit-

Digitized by Google

tiva (*a*). Nella storia del Jus romano, è qui meritevole di speciale considerazione il fatto che, in esso, cotale idea fu riconosciuta ed applicata in modo sì chiaro e preciso e soltanto per effetto di uno spirito prettamente pratico, molto tempo prima che si potesse pensare ad una trattazione scientifica di questo instituto di Diritto (*b*).

Indi ne deriva un duplice aspetto, nel quale possiamo considerare il Diritto d'eredità, e ch' è ugualmente vero ed importante. Infatti, ci apparisce innanzi tutto quale modo d'acquisto di tutti i diritti speciali, che appartengono ai beni di un defunto, come una *adquisitio* per universitatem (*c*) e può in secondo luogo essere risguardato come

(*a*) Siffatte espressioni vengono da noi qui adoperate solamente pel momento: tanto del preciso loro significato, quanto della successione, in generale, parleremo in apposito capitolo.

(*b*) Noi siamo ben lontani dal sostenere, che fino da principio i Romani avessero raffigurato e stabilito questo rapporto in una forma astratta, ma la pratica ci dà una occasione di giudicare, se ne fu o no compreso il vero senso, e tale occasione è la materia dei crediti e dei debiti nell'eredità. Le prescrizioni delle dodici tavole, in questo argomento, erano sì compiute e sì sagge, che la scienza, anche quando giunse al più alto grado di perfezione, non vi trovò cosa alcuna da riformare. Fino d'allora, s'aveva quindi una idea molto precisa della *successio per universitatem*. Vedi *L.* 6, *C. fam. herc.* (III, 36) *L.* 25, § 9, 13 *eod.* (X, 2) *L.* 7, *C. de her. act.* (IV, 16), *L.* 26, *C. de pactis* (II, 3).

(*c*) In Gajo, e quindi anche nelle Istituzioni di Giustiniano, il posto assegnato al Diritto d'eredità nell'intiero sistema, fu determinato unicamente sotto questo aspetto esclusivo. Il difetto di tale distribuzione incompiuta, chiaro emerge tra le altre cose, allorchè si consideri che esso

Digitized by Google

un Diritto particolare, di per sè sussistente, come una *universitas* (*d*), ed a questo aspetto, si riferisce la natura particolare del modo di attuare siffatto Diritto. Ambedue queste maniere di considerare il Diritto d'eredità, concordano poi nel principio, che gli eredi costituiscono col defunto una medesima persona, e quindi la continuano, o la rappresentano. Tale principio rovescia compiutamente la relazione primitiva, imperocchè mentre in origine l'uomo voleva essere considerato come la sostanza, e l'assieme de' beni come l'accidente, non facendo essi se non modificare la libertà dell'uomo, ampliandola, ora i beni sono la cosa essenziale e permanente, con cui i singoli possessori vengono soltanto nella relazione di padroni passaggieri e alternativi.

Finora, considerammo quale unico oggetto del Diritto d'eredità i beni, il che importa l'esclusione dei rapporti di famiglia. La proprietà e le obbligazioni vengono adunque trasmesse per eredità, non così il matrimonio, la patria potestà e la parentela. Invece, le instituzioni artifiziali del Diritto di famiglia, che si attengono intieramente ad un diritto, concernente i beni, devono partecipare le sorti di tale diritto (§ 55) e perciò l'eredità comprende gli schiavi, al pari di qualunque altra parte della proprietà, e così

vi ha la forma di modo d'acquistare la *proprietà*, quando tal modo d'acquisto, s'applica alla proprietà, niente più e niente meno che alle obbligazioni.

(*d*) Per questo i moderni denominano l'eredità una *universitas juris*; e a tale espressione impropria s'annettono varii errori di non lieve momento, nella sostanza stessa della cosa (§ 56).

Digitized by Google

pure i coloni, col fondo, cui sono inseparabilmente congiunti.

L'ordinamento del Diritto d'eredità compie l'organismo giuridico, il quale viene per tal modo esteso, oltre i confini della vita degli individui. Cotesto Diritto, confrontato con quello de' beni, quale l'abbiamo di sopra definito, non ci apparisce a questo inferiore, ma bensì coordinato. Perciò, nel punto, a cui siamo ora venuti, dobbiamo distinguere, nel Diritto de' beni, due parti, vale a dire il Diritto de' beni contemporaneo ed il successivo. Il primo abbraccia le condizioni, nelle quali qualunque individuo può costituire a sè stesso beni in qualunque tempo dato (Diritto delle cose e Diritto delle obbligazioni); anche in questo intervallo possono nascere cangiamenti, ma sono accidentali e stranieri all'essenza de' beni. Nel secondo, invece, il cangiamento è necessariamente voluto dal termine di vita, prestabilito ad ogni individuo, essendo siffatto cangiamento appunto la base ed il vero contenuto dell'intiero rapporto di Diritto.

§ 58.

Prospetto sommario degli instituti di Diritto.

Il raffronto, che ora abbiamo fatto, degli instituti di Diritto, si fonda sulla più intima loro essenza, cioè, sulla relazione organica, in cui stanno coll'essenza stessa dell'uomo, a cui sono inerenti. A paragone di questa, tutti gli altri caratteri, ne debbono apparire secondarii, ed inetti a

Digitized by Google

servire di base ad un intiero sistema di Diritto. Tra queste qualità secondarie, voglionsi in particolare annoverare le seguenti relazioni, ed in primo luogo l'*oggetto* dei rapporti di Diritto, ossia quello, che per mezzo di essi viene propriamente assoggettato alla nostra volontà (*a*).

Tale relazione non ha realtà, se non ponendo il dominio della volontà come carattere fondamentale dei rapporti di Diritto, giacchè allora converrà naturalmente domandare, che cosa dalla volontà abbia ad essere dominato. Essa può adunque offrir tema d' una suddivisione del Diritto de' beni (§ 56), ma non d' una divisione principale, non adattandosi al Diritto della famiglia (§ 54). — V' appartiene inoltre il genere di persona, che sta di fronte all' avente diritto, secondochè tale diritto può essere esercitato in generale contro qualunque persona, o soltanto in confronto di determinati individui. Sotto questo aspetto, gli instituti di Diritto potrebbero apparentemente essere distribuiti in quelli:

1) verso tutti; i Diritti reali ed il Diritto d' eredità.

2) e verso determinati individui: i rapporti di famiglia e le obbligazioni.

Indi, sorge un' apparente affinità della famiglia colle obbligazioni, che più d' uno trasse in inganno. La falsità di siffatta analogia consiste in questo, che ne' due casi, quanto si passa fra' due individui è di natura totalmente diversa; imperocchè nelle obbligazioni abbiamo una sommessione

(*a*) Così Puchta, nel *Museo romano*, Vol. 3. pag. 298, giustamente definisce l' idea dell' oggetto del Diritto.

Digitized by Google

parziale della volontà di un individuo sotto quella di un altro, e nella famiglia, invece, una relazione di vita naturale-morale, ed inoltre giuridica, che vien continuamente prodotta dall' unione, in cui si trovano i due individui, e nella quale il contenuto del *rapporto di Diritto* non è la sommessione parziale di uno od altro individuo, ma bensì soltanto il diritto generale, esercitabile contro chiunque, di far riconoscere l' esistenza di tale legame di famiglia (§ 54). L'affinità, che qui induce in inganno, è soltanto esteriore ed accidentale, non è adunque una vera omogeneità (*b*).

I varii instituti di Diritto furono finora annoverati nell' ordine seguente, dal quale ora abbiamo esclusi quelli che sono stranieri al Jus romano attuale:

Matrimonio.
Patria potestà. } Diritto di famiglia puro.
Parentela.
Tutela.
Diritto delle cose, o proprietà e *jura in re.*
Obbligazioni.

(*b*) Sarebbe un equivoco il dare alle nostre parole il senso, che noi volessimo formare che il legame di famiglia tra gli individui, un vincolo meno stretto, che le obbligazioni. Tutto all' opposto, invece, la famiglia affetta l' uomo tutto intiero nella sua più intima essenza e l' obbligazione non concerne, se non l' azione esterna del debitore, che può essere considerata come al di fuori della sua persona (§ 56). Il vincolo nella famiglia, non è adunque più debole, ma diverso: il dominio e la dipendenza, che costituiscono la sostanza delle obbligazioni, sono troppo materiali per la sfera, da cui scaturisce il principio della famiglia.

Digitized by Google

Diritto di famiglia applicato.

Diritto d' eredità.

Vuolsi ora vedere, se sia possibile ed opportuno anche lo esporli in quest' ordine medesimo, se, cioè, l' ordine naturale, in cui le idee di questi instituti si sono presentate alla nostra mente, formi anche una classificazione opportuna pel loro studio, e noi crediamo grave, specialmente l'obbiezione, che se pure è possibile separare dal puro il Diritto di famiglia applicato, e trattarlo come una sezione speciale del Diritto de' beni, deve però riuscire di grande profitto per avere una idea chiara ed effettiva dei rapporti di famiglia, il porre ad immediato contatto colla famiglia, anche le influenze ch' essa esercita sui beni. Perchè ciò avvenga è assolutamente necessario porre tutto il Diritto di famiglia dopo di quello dei beni, non potendosi bene intendere l' influenza della famiglia su questi, se non dopo una esposizione compiuta del Diritto delle cose e delle obbligazioni. Finalmente il Diritto d' eredità non sarebbe in niun modo intelligibile, qualora non se ne avesse prima posta la base, esponendo, con tutta precisione, la consistenza della famiglia. Siamo così venuti alla seguente classificazione degli instituti di Diritto, che noi appunto prenderemo per fondamento de' nostri studii, come più semplice e più opportuna:

Diritto delle cose.

Obbligazioni.

Diritto di famiglia (puro ed applicato).

Diritto d' eredità.

Digitized by Google

Esposto così il contenuto del nostro sistema di Diritto, taluno potrebbe credere, che ora incominciasse immediatamente l' esposizione del Diritto delle cose, ma noi invece ci troviamo ancora in mezzo ad una parte generale di non mediocre estensione. Noi la rinveniamo anche in altri scrittori, e non di rado fu fatta servire allo scopo di comprendervi quegli instituti di Diritto, che nel sistema stesso non sapevansi acconciamente collocare. Considerato come rimedio estremo, questo metodo fu da altri vivamente censurato, ma noi vogliamo vedere, se non v' abbia invece una ragione di intima necessità per ammetterlo, e da questo esame, chiari ne emergeranno ad un tempo i giusti confini.

Se vogliamo esporre i varii instituti di Diritto nell' assieme vivente delle loro parti, e quindi compiutamente, c' incontriamo per necessità di cosa in alcuni elementi, che si ripetono ugualmente in ogni altro instituto, benchè talvolta con qualche modificazione. Sono questi, in principalità la natura degli enti, cui spetta il Diritto e particolarmente la loro capacità; inoltre il modo, nel quale hanno origine e vengono a cessare i rapporti di Diritto; e da ultimo la tutela dei diritti contro le violazioni, e le modificazioni dello stesso Diritto che ne conseguono. Non essendovi alcun istituto di Diritto, a proposito del quale non occorra ed importi molto discutere siffatte questioni, noi potremmo trattarne per intiero e di nuovo, in occasione d' ogni singolo instituto; ma siffatta ripetizione riuscirebbe di soverchio pesante tanto all' autore, quanto a

Digitized by Google

chi legge. Vi sarebbe l'altro partito di trattarne compiutamente all'atto del primo instituto di Diritto (che secondo la nostra distribuzione sarebbe quello della proprietà) e poi rimettere a quella trattazione i lettori, ogni qual volta più avanti occorresse di parlarne, ma anche tal metodo, non tarderebbe a mostrarsi arbitrario, e sproporzionato. V'ha poi di più, ed è cosa di grave momento, che la parte veramente comune di siffatti elementi degl'instituti di Diritto può molto più chiaramente e profondamente rilevarsi dal loro ravvicinamento. Ogni cosa, adunque, ci consiglia a scernere tutto quello che ci ha di veramente comune e premetterlo al sistema dei diversi instituti di Diritto, ritraendo poi a questa base comune le modificazioni speciali che per ciascuno d'essi si riscontrassero.

Una simile trattazione generale può tuttavia nuocere al giusto discernimento, essendo per tal modo facile, che venga esposto come generale, ciò che in realtà non ammette, se non un' applicazione concreta; il che, verbigrazia, avverrebbe quando si volesse inserire nella parte generale le dottrine degl' interessi, o della solidarietà di debito, che propriamente appartengono solamente alle obbligazioni. Molto più facile di questo massiccio errore nell'assegnare il posto ad intieri instituti di Diritto, sarà poi il trattare, a torto, generalmente concetti, o principii di Diritto affatto speciali, e tale sbaglio, appunto perchè meno apparente, potrà con molto maggiore facilità, divenire sorgente d'errori. Conviene, adunque, andar sommamente guardinghi, affinchè una dottrina particolare non acquisti un falso

Digitized by Google

carattere di generalità, anche solo pel posto che le viene assegnato, e non siano per siffatta guisa oltrepassati i giusti confini, che le une dalle altre separano. L' inutile sforzo di voler sempre astrarre, fu ognora, per la nostra scienza, copiosa causa di errate opinioni, e nulla v' ha che più lo fomenti, quanto lo stabilire generalità ad arbitrio e senza spirito critico. Ma se tale pericolo vuol essere assolutamente riconosciuto, e se convien attentamente guardarsi dal dare alla parte generale una estensione esagerata, non è per questo, che grave danno alla verità non derivi anche dal disconoscere la generalità effettivamente propria d'un concetto, o d'un principio di Diritto. Anche qui, adunque, come dappertutto, soltanto il saper mantenersi ugualmente lontani da ambedue gli estremi, potrà premunirci e dall' una e dall' altra causa d' errori.

In tale argomento, vi sarebbon forse stati sempre minori dubbi e controversie, se non si fossero perduti di vista i diversi scopi e le diverse proprietà dei varii modi di comunicare la scienza. In un corso di lezioni sulle Instituzioni è certamente buon consiglio entrare, più presto che sia possibile, ne' particolari, affinchè l' uditore venga, innanzi tutto, ad acquistare idee concrete degl' instituti di Diritto. Quando si tratti invece dello studio delle Pandette, sarà concesso di notare molto più le generalità, senza pericolo che l' uditore non sia in grado di prendervi interesse e di comprenderle. Un autore, invece, ha molto più largo campo, potendo egli contare sopra un grande numero di lettori, i quali non troveranno nel suo lavoro se non una ricom-

Digitized by Google

posizione, od un nuovo rimpasto delle cognizioni concrete che già posseggono, oppure una critica disamina e rettificazione.

§ 59.

Opinioni divergenti sulla classificazione.

Non è nostro intendimento esaminare ad uno ad uno i molteplici modi, nei quali altri autori concepirono l' intima armonia degli instituti di Diritto, ed a norma di esso, ne ordinarono l' esposizione. Parte di quanto abbiamo detto nell' esporre il nostro sistema, può servire a giudicarne. Crediamo tuttavia necessario avvertire qui un equivoco di natura più generale. Per avere una idea compiuta dell' essenza dei rapporti di Diritto, come agiscono nella vita reale, non basta conoscerne il contenuto, e quindi la loro azione attuale, ma conviene altresì chiaramente mettere in risalto il processo vitale loro proprio, studiarne quindi, oltre che l' elemento permanente, anche la parte mobile della loro natura. E questa sarebbe la origine e la dissoluzione, lo svolgimento, ed il possibile tramutamento in nuove forme (metamorfosi) e specialmente il modo di farli valere, allorquando siano violati. Queste diverse fasi della vita organica dei rapporti di Diritto, furono da taluno considerate come altrettanti Diritti nuovi, e poste ad una medesima linea coi rapporti di Diritti originarii, studiando soltanto il posto, in cui potessero esser collocate nel sistema di tutti

Digitized by Google

i Diritti (*a*); ma tale metodo, non poteva a meno di condurre ad una confusione d'idee.

Benchè, come abbiamo detto, non sia nostro intendimento esaminare i varii esperimenti di un ordinamento sistematico dei rapporti di Diritto, faremo però una eccezione quanto alla distribuzione, che troviamo nelle Istituzioni di Giustiniano. Infatti, essendo questa da secoli stata seguita da tanti maestri e scrittori (almeno in apparenza) assunse il valore storico di grande autorità, ed è quindi necessario giustificare le discordanze del sistema da noi proposto, od almeno esporne le ragioni (*b*). La distribuzione, che fino agli ultimi tempi conoscevamo, come appartenente a Giustiniano, è quella di Gajo, la quale fu da quell'imperatore del tutto conservata, eccetto il caso che i cangiamenti sorvenuti nello stesso Diritto, non ne richiedessero manifestamente una modificazione. Cotesta distribuzione vuole ora essere da noi esaminata sotto due aspetti, cioè, quanto alla sua origine e diffusione e quanto al suo valore intrinseco.

(*a*) Così fu trattato del diritto dell'uomo di dichiarare la propria volontà, di conchiudere un matrimonio, od un contratto obbligatorio, di acquistare la proprietà, d'intentare una azione, di agire per restituzione, ec.

(*b*) Questo argomento, fu trattato con ispeciale amore e profondità, da Hugo negli scritti che seguono: *Magazzino civ.* Vol. IV, N. I, e IX, (1812), Vol. V, N. XV (1825), Vol. VI, N. XV (1832), *Enciclopedia*, 8.ª ediz., p. 60-65 (1835). — Oltre a lui, merita, fra gli autori moderni, d'essere specialmente notato Duroi, *Archivio per la pratica civile*, Vol. VI, p. 432, 440.

Digitized by Google

E per parlare del primo aspetto (dello storico), osserveremo essere non di rado stato sostenuto, od almeno tacitamente ammesso, che la divisione in *persona*, *res*, *actio*, come i tre oggetti delle regole di Diritto (*c*), fosse antichissima e generale presso i Romani, essendo effettivamente stata ammessa in tutti i sistemi dei giureconsulti romani, od almeno nella maggior parte di essi (*d*); ed a vero dire, nel Jus romano si riscontrano appunto di tali contrapposti tipici, che la fraseologia costante ed uniforme ci mostra indubbiamente da lungo tempo e con incontrastato impero dominanti. Tali sarebbero il *vi*, *clam*, *praecario*, le tre specie di dipendenza secondo la *potestas*, la *manus* ed il *mancipium*, le tre *capitis diminutiones*, le tre classi dei *cives*, *latini* e *peregrini*. Non si può revocare in dubbio, che tali divisioni, non avessero profonde radici nelle opinioni legali e non abbiano anche avuto potere sulla teorica del Diritto.

(*c*) Così bisogna intendere siffatta divisione, imperocchè Gajo I, § 8, dice: « Omne *jus, quo utimur*, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones » appunto come prima si era espresso al § 1: « Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum *jure utitur* ». *Persona, res, actio* sono adunque, per esso, altrettanti oggetti delle regole di Diritto, non delle corrispondenti facoltà, ossia, secondo una fraseologia ben nota, una divisione del Diritto oggettivo, e non del soggettivo.

(*d*) Hugo ammise, in principio, che tale divisione fosse comune a tutte le opere de' giureconsulti romani, ch' avevano il nome di *Institutiones*, più tardi, però, la revocò in dubbio. *Magazzino civ.* Vol. V, p. 403, 404; Vol. VI, p. 286, 287, 337.

Digitized by Google

Anche alla divisione in *persona*, *res*, *actio*, si potrebbe attribuire un' uguale autorità antica e generalmente ammessa, nel qual caso la sua connessione col contenuto del Jus romano avrebbe una importanza incontrastabile; ma questa cosa possibile, è poi anche vera? Nessun argomento storico appoggia siffatta ipotesi, ed anzi, a renderla sommamente inverisimile, ci si presenta il fatto che Gajo medesimo scrisse un' opera analoga (le *res quotidianae*) secondo un sistema differente e che le Istituzioni di Fiorentino, nelle quali, stando al titolo, si sarebbe potuto attendere la stessa distribuzione delle Istituzioni di Gajo, ne ammettono invece una diversa (*e*). Non abbiamo, adunque, alcun argomento per attribuire a quella divisione un' autorità generale; è all' incontro possibile, che procedesse da una opinione individuale ed accidentale di Gajo, che allora trovò opportuna quella distribuzione, piuttosto che un' altra; ed in tal caso sparisce affatto l' importanza storica, che si volle darvi (*f*).

(*e*) Göschen, nel *Giornale per la Giurisprudenza storica*, Vol. I, p. 74-76.

(*f*) Hugo, *Magaz. civ.* Vol. V, p. 417, Vol. VI, p. 284, ha preso anche un' altra via per dare a tale divisione una base storica profonda. Secondo lui, essa non sarebbe sorta nella scienza del Diritto, ma procederebbe da un principio comune generale, che fu soltanto accettato dagli antichi giureconsulti, i quali l' avrebbero rinvenuto in iscrittori, che non erano giureconsulti. Siffatta opinione, quand' anche fosse più d' una semplice ipotesi, piuttosto che in favore, proverebbe anzi contro l' idea, che tale divisione, fosse generalmente accettata appo i Romani. Infatti è fa-

Digitized by Google

Non rimane adesso, se non esaminare quella divisione, sotto il secondo aspetto, cioè, nel suo intrinseco valore, e all' uopo occorre, anzi tutto, fissarne precisamente il vero senso, nel che gli autori moderni, tra di loro differiscono, più di quanto si potesse credere.

E primieramente, qual' è il contenuto della prima parte *de personis?* Molti suppongono, ch'essa abbracci la dottrina dello *status*, cioè, (nel loro senso) le condizioni, o qualità più importanti delle persone, considerate come soggetti del Diritto, vale a dire, in generale, la dottrina dei soggetti del Diritto. Essi divisero poi questi stati, in naturali e civili e posero tra i primi l' età, la salute ecc., ai secondi riferirono le condizioni richieste per la capacità di Diritto, per la libertà, pel diritto di cittadinanza, per essere *sui juris*, e li dissero anche *status principales*. Ora gli *status*, così definiti, per la massima parte, *non* si riscontrano nel primo libro delle Istituzioni di Giustiniano e di Gajo; ciò era manifesto, e quindi fu necessaria l' ipotesi, che così s'abbia corretta l' esposizione incompiuta di Giustiniano, ma non vi sarà chi non iscorga quanto, per tal modo, pel primo libro, sia resa dubbia l' applicazione di quell' aspetto storico. L' opinione di Hugo è più logica e più precisamente determinata. Egli ammette che la prima parte *(de personis)* altro non sia se non la dottrina della *capacità*

cile a comprendersi, che un autore si pensi di accettare una forma d' origine sì accidentale e straniera al Diritto, ma non si può credere, che in ciò convenissero tutti i giureconsulti.

Digitized by Google

di Diritto, o delle tre qualità, che corrispondono alle tre specie di *capitis deminutio* (*g*).

Ma il contenuto reale del primo libro di Gajo e di Giustiniano contraddice tale supposizione; infatti la dottrina della tutela, esposta nella terza *divisio*, nulla ha a che fare colla capacità di Diritto, non riferendosi nè ad un difetto di questa capacità, nè al modo di supplirvi (*h*), e d'altra parte vi manca una delle tre distinzioni fondamentali per la capacità di Diritto, quella cioè dei' *cives*, *latini*, *peregrini* (*i*). Contenendo, adunque. il primo libro delle Isti-

(*g*) *Magaz. civ.* Vol. IV, p. 20, 21, 235-237. — Altri cercano una via di mezzo, dicendo che il Diritto della persona comprende *ad un tempo* la dottrina dello *status* e dei rapporti di famiglia; essi ammettono quindi un duplice contenuto, non congiunto da alcuna idea complessiva, il che è di per sè cosa arrischiata. Di tale avviso è Mühlenbruch, I, § 78. — Düroi, *Archivio*, Vol. VI, p. 437, dice, che *status* e *conditio* esprimono certe differenze importanti, senza caratteri interni, comuni; attribuendo ai giureconsulti romani tanto arbitrio e tanta leggierezza, non si fa loro, per fermo, troppo onore. Egli sostiene, inoltre, appartenervi anche la distinzione dei *cives*, *latini* e *peregrini*, che, almeno come tale, non si trova certo nel primo libro di Gajo e delle Istituzioni.

(*h*) La tutela non è se non un supplimento all'incapacità di agire. Hugo medesimo lo ammette, nella *Storia del Diritto*, p. 120 dell'undecima edizione.

(*i*) L'errore in tale importante argomento, d'ordinario procede dal fatto, che Gajo più volte, all'occasione di altri instituti di Diritto, nomina questa divisione della persona, segnatamente riguardo al *connubium* (I, § 56), alla *causae probatio* (I, § 66 e seg.), al testamento militare (II, § 110), e con maggior estensione riguardo alle tre classi dei liberti,

Digitized by Google

tuzioni essenzialmente più ed essenzialmente meno, di quanto dovrebbe abbracciare, secondo il contenuto ammesso da Hugo, ci sembra che ne venga pienamente contraddetta l' ipotesi. — Il contenuto reale del primo libro delle Istituzioni, esaminato più attentamente, è quasi del tutto quello che fu da noi più sopra definito per Diritto di famiglia; infatti vi è trattato del matrimonio, della patria potestà, della *manus*, della schiavitù, del patronato (cioè dei liberti, secondo le differenti loro classi), del mancipio e della tutela (*k*) ed invece non vi è fatto parola dei *cives*, *latini* e *peregrini*, ad onta della importanza di tale distinzione riguardo alla capacità di Diritto; appunto pel motivo che siffatta divisione, benchè abbia una influenza incontrastabile

e quindi riguardo al patronato, annotando i diritti annessi a ciascuna delle suddette tre classi (I, § 12 e seg.). Si potrebbe facilmente credere, che Gajo avesse voluto espressamente definire la suaccennata divisione, ma in ogni caso, egli non fa se non indicare un' applicazione affatto particolare di quella divisione così generale. Chi volesse dire, che ai tempi di Gajo quella fu l' applicazione più importante, cadrebbe in manifesto errore, imperocchè tanti milioni di *peregrini*, di nascita libera, che abitavano le provincie erano certamente più importanti dei *dediticii*; ed anche i latini, di nascita libera, doveano pur essere in grande numero, giacchè la latinità, accordata da Vespasiano a tutta la Spagna (Plinio, *Stor. nat.* III, 4), per quanto sappiamo, non cessò, che confondendosi nella *cività* generale di Caracalla.

(*k*) Il dire, che Giustiniano ommise tra questi instituti di Diritto, quegli ch' erano caduti in dissuetudine, non è argomento che valga; egli certamente non ne aggiunse.

Digitized by Google

sul Jus privato (per mezzo della capacità di Diritto) appartiene però per sè stessa al Jus pubblico. Soltanto la parentela, da noi considerata come un ramo della famiglia, non vi fu compresa, ma tale differenza è di troppo lieve momento, perchè possa rendere dubbia l'identità dei due modi fondamentali di considerare la cosa; i rigoristi hanno poi piena facoltà di lasciar fuori la parentela nell'esposizione del Diritto di famiglia dei Romani, ed allora la concordanza, tra il contenuto del Diritto di famiglia, e quello del primo libro delle Istituzioni, diverrebbe compiuta (*l*). Nessuno, inoltre, vorrà risguardare riconvinta la nostra opinione pel fatto, che Gajo ne differisca nell'intimo ordinamento di quegl' instituti di Diritto, e non dia un nome al concetto del Diritto di famiglia, di cui certamente gli mancava il termine tecnico; anzi le espressioni ivi adoperate, in qualche modo la confermano. Così *status* e *conditio hominum* non hanno il senso affatto indeterminato d'uno stato, o d'una qualità in genere, ma indicano la posizione particolare, che l'individuo ha nei diversi *rapporti di famiglia*, come coniuge, padre, tutore ecc. (§ 54, nota *e*). Anche *Jus personarum*, per quanto ci sembra, ha pienamente lo stesso significato, ricorrendo alternativamente in-

(*l*) Del resto gli autori moderni, che seguendo l'esempio innegabile di Gajo e di Giustiniano, non assegnano alla parentela alcun posto speciale fra gl'instituti della famiglia, peccano d'incoerenza, giacchè essi medesimi, nella dottrina della *capitis deminutio*, danno poi un valore del tutto particolare all'agnazione, della quale parleremo più innanzi.

Digitized by Google

vece delle surriferite espressioni, e quindi non indica, come *Jus publicum e privatum*, una parte della teorica del Diritto, ma bensì la posizione dell' individuo, in mezzo ai rapporti di Diritto appartenenti alla famiglia, o, secondo la fraseologia di varii autori moderni, non si riferisce al Diritto oggettivo, ma al soggettivo (vedi Appendice VI).

Ancora molto più controverso è, però, il contenuto della parte seconda e della terza, *de rebus* e *de actionibus* (*m*). L'oggetto del dubbio, si è che per alcuni la sezione delle obbligazioni forma il principio della terza parte, come introduzione alle azioni, che da essa derivano, e per altri, all' opposto, è la fine della parte seconda, perchè le obbligazioni appartengono alle cose, come *res incorporales* (*n*). La prima opinione è sorretta specialmente dalla testimo-

(*m*) Gli autori moderni sogliono per lo più indicare queste due parti coi nomi di *Jus rerum* e *Jus actionum* per analogia del *Jus personarum*. Il non riscontrarsi tale denominazione presso gli antichi giureconsulti, potrebb' essere considerato come cosa per sè accidentale ed indifferente, ma vi contraddice il fatto, che l' analogia, a cui quegli autori s' appoggiarono, non ha, se non una falsa apparenza; infatti l' espressione *Jus personarum*, non indica una parte del sistema, ma un particolare rapporto di Diritto della persona, e di un rapporto simile non può certamente parlarsi tra più *res* o tra più *actiones*.

(*n*) Questa forma della seconda opinione almeno è certamente più conforme allo spirito del Diritto romano, che l' annettere le obbligazioni alla proprietà (come si vede nel *Code civil*), pel solo motivo che spesso porgono occasione al suo acquisto.

Digitized by Google

nianza di Teofilo (*o*), che effettivamente ammette siffatto legame. Ma l'attestazione di Teofilo, come procedente da uno de' collaboratori nelle Istituzioni di Giustiniano, sarebbe importantissima, se la divisione delle Istituzioni fosse originale, ma, essendo essa, come ora sappiamo, stata scelta prima da Gajo, e soltanto conservata da Giustiniano, quella testimonianza ha assai poco valore storico, a meno che non si voglia ammettere, senza averne la minima prova, che Teofilo abbia trovato in qualche antico scrittore una indicazione sull' intenzione di Gajo, di imputare le obbligazioni nella terza parte (*de actionibus*) (*p*). Quando poi non si faccia alcun conto dell' attestazione di Teofilo, come che non concludente, e vogliasi decidere la controversia, soltanto per ragioni intrinseche, ecco come stanno le cose. I propugnatori della prima questione sono in tal caso costretti ad ordinare gli oggetti delle tre prime parti, ponendo prima le persone, poi le cose, e da ultimo le azioni e le pretensioni (*q*). Allora il vero contenuto della terza

(*o*) Hugo, *Magazz. civ.* Vol. IV, p. 17, Vol. V, p. 399, che nei passi già citati (nota *b*), trattò l'intiera questione in modo completo, oltre il comune, dà anche indicazioni letterarie assai preziose.

(*p*) Hugo, *Magazz. civ.* Vol. V, p. 404, Vol. VI, p. 337. Egli ammette, però, che Teofilo avrebbe potuto frantendere e sfigurare l'antica indicazione, almeno per ciò che concerne il *fondamento* della connessione delle obbligazioni colla terza parte, e che i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano siano stati incerti su questo argomento. (*Enciclopedia*, p. 63).

(*q*) Hugo, *Magazz. civ.* Vol. IV, p. 99, Vol. V. p. 417. *Enciclop.* p. 60, 61.

Digitized by Google

parte, sarebbe il Diritto delle obbligazioni, di cui le *actiones* formerebbero soltanto un'appendice, o complemento; il che, peraltro, non è in armonia nè col contenuto e coll'estensione del grande capitolo, che dovrebbe incominciare dalle azioni, nè coll'indicazione primitiva dello stesso Gajo, che dice essere oggetto della terza parte le *actiones* e non le *obligationes;* al quale modo di vedere s'uniforma anche Teofilo, che considera le obbligazioni come una introduzione alle azioni. Noi reputiamo, adunque, più vicina al vero la seconda opinione, quella cioè, che sostiene contenere la seconda parte *(de rebus)*, appunto quanto noi abbiamo più sopra dinotato come il Diritto de' beni (Diritto delle cose e Diritto delle obbligazioni) e non trattare la parte terza, se non della dottrina, ad ambedue comune, dell'attuazione de' Diritti. Gajo avrebbe potuto esporre queste tre parti del sistema in altrettanti libri della sua opera, ma essendo la seconda parte in ampiezza quasi uguale alle altre due prese assieme, preferì dividere l'opera intiera, in quattro libri, dei quali assegnò due alla suddetta parte seconda. — Del resto poi siffatta controversia sul vero posto da assegnarsi alle obbligazioni ha, per la distribuzione generale del Diritto, minor importanza di quello che comunemente suol credersi. Infatti è indubitato che Gajo tratta dell'intiero Diritto dei beni, senza interruzione; è del pari indubitato che la terza parte comprende il Diritto delle azioni, e molte materie appartenenti alla procedura, e quindi tutta la controversia si riduce a vedere, se la seconda parte *(de rebus)* abbracci il Diritto de' beni tutto intiero, per modo

Digitized by Google

che le obbligazioni ne vengano a costituire l' ultimo capitolo, o se le obbligazioni formino, invece, una introduzione alla parte terza *(de actionibus)*.

Esaminando adesso l' intrinseco valore della divisione, così stabilita, ci è forza trovarla conforme all' argomento, nel suo insieme principale; meno acconcia, però, ne' particolari. Infatti, a varii degli instituti più importanti di Diritto assegna un posto troppo secondario; così troviamo in essa il matrimonio soltanto come origine della patria potestà, quasi non avesse il più legittimo diritto ad essere anche per sè stesso formalmente riconosciuto; così il Diritto d'eredità vi è accennato letteralmente, solo quale un mezzo d' acquistare la proprietà, quando siffatto Diritto può benissimo venire in applicazione, tanto se vi sia proprietà, quanto se questa manchi. Tale posto disacconcio, assegnato a talun instituto, ha in gran parte la sua derivazione dall' uso esagerato, che in tutta l' opera è fatto della forma logica delle *divisiones*, abuso che condusse anche a varie altre transizioni assai forzate (*r*). Ma tali imperfezioni di forma,

(*r*) Così, a mo' d' esempio, la prima parte comprende tre *divisiones*, la terza delle quali è del seguente tenore: « Tutti gli uomini sono sotto tutela o no, e per questo noi tratteremo adesso della tutela ». Con questo metodo, si potrebbe incominciare anche l' esposizione del contratto di compra-vendita, dicendo: « Tutti gli uomini hanno conchiuso contratti di vendita o no (oppure anche tutti i contratti sono contratti di compra-vendita o no) e quindi ora parleremo della vendita. Così parimenti si spiega la singolarità, che degli schiavi è trattato due volte, vale a dire, nella prima e nella seconda *divisio*, senza che alcun aspetto giuridico dif-

Digitized by Google

non furono d' impedimento, nè alla copiosità della materia, nè alla chiarezza dell' opera, dovendo anzi ogni cultore della nostra scienza, riconoscerne l' incomparabil valore. Solamente non havvi alcun motivo di imitare servilmente cotale distribuzione, anche là dove la giudichiamo imperfetta, nè si potrà tacciarci di presunzione, o di arroganza, se ci proveremo di esporre i materiali storici del Jus romano, in un modo conforme a quanto richiede l' argomento, ma diverso da quello seguito da Gajo. Senza che, le due divisioni principali del sistema di Gajo, il Diritto di famiglia, cioè, e il Diritto de' beni, formano due sezioni capitali anche nella nostra distribuzione, sicchè la differenza non concerne, se non una suddivisione più esatta de' particolari (*s*).

ferente legittimi siffatto procedere. Il primo cenno, che n' è dato, non è se non apparente e serve soltanto di transizione alle varie classi dei liberti (cioè ai rapporti derivanti dal patronato); in altre parole la *divisio* dei *liberi* e *servi*, non serve se non a dar motivo alla *subdivisio* degli *ingenui* e *libertini*, dei quali ivi unicamente si vuol trattare, e quindi s' ingannarono quelli, che vollero difendere questo doppio cenno fatto degli schiavi, sostenendo che Gajo in un caso tratta della *potestas* e nell' altro del *dominium in servos*. Infatti ciò è manifestamente erroneo, non essendovi nel primo cenno cosa alcuna che risguardi gli schiavi per sè stessi.

(*s*) Lo stesso Hugo, pur ammirando quel sistema romano, al quale attribuisce una accettazione molto maggiore, di quella che noi possiamo storicamente ammettere, riconosce che secondo i principii generali del Diritto, e specialmente in forza dei bisogni del Diritto attuale, sarebbe più

Digitized by Google

In ispecie dobbiamo qui porre in guardia dall'attribuire un valore troppo spinto a tali questioni, che risguardano soltanto la forma dell'esposizione scientifica, il che pur di sovente accade. Nè vogliamo con ciò dire, che queste forme siano indifferenti, ma soltanto che non conviene illudersi, considerando cosa essenziale quanto propriamente non è tale. Quando una esposizione dogmatica del Diritto è foggiata in modo che distrugga l'intima unità degli instituti di Diritto, che congiunga elementi, essenzialmente distinti, che sconvolga ed inverta il vero valore rispettivo de' varii instituti, i vizii di forma, ond'è tocca l'esposizione, sono veramente sostanziali, perchè oscurano l'argomento stesso ed impediscono che se ne ritragga una chiara idea. Ma se a tanto il difetto non arrivi, noi possiamo agevolmente adattarci alla distribuzione dell'opera, ad onta che ci sembri scorgervi alquante imperfezioni. Ed appunto per questo principio d'una equa tolleranza, abbiamo di sopra dichiarato, che il pregio dell'opera di Gaio non era per noi in alcuna guisa scemato, per le censure, che avevamo creduto dovergli fare, e così, parimenti, an-

opportuna una distribuzione diversa da quella delle Istituzioni, ed in sostanza si accorda colle nostre idee. *Mag. civ.*, Vol. V, p. 397, Vol. VI, p. 284-287. La diversità d'opinione, che in tale argomento fra di noi sussiste, è molto meno importante che non potrebbe credersi a primo aspetto, ed anzi godiamo di poter aggiungere, che la prima idea della distribuzione qui esposta, fu tracciata nelle *Instituzioni* di Hugo (Berlino 1789); benchè poi abbiamo cercato di darle un particolare svolgimento e di esaminarla a fondo secondo i nostri principii.

Digitized by Google

che a giorni nostri, potranno pacificamente sussistere, l'uno accanto dell' altro, varii sistemi di Diritto, per quanto a primo aspetto appaiano fra loro dissonanti. La tolleranza, che noi qui propugniamo, non deve quindi scambiarsi per l' indifferenza verso qualunque sorta d' imperfezioni, ma vuol essere intesa come un omaggio reso all' indipendenza dello spirito umano, nelle individuali sue operazioni, condizione necessaria della vera vita d' ogni scienza.

Accenneremo ancora un principio generale, che s' incontra ne' nostri fonti di Diritto, il quale, a prima vista, potrebb' essere considerato come base d' una classificazione, ma che da noi non è trattato, se non in via d' appendice, non essendo esso, a tale scopo, stato adoperato dagli autori moderni. Intendiamo cioè di parlare dei tre *Juris praecepta*, così definiti da Ulpiano: *Juris praecepta sunt haec, honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (*t*). *Honeste vivere* è il mantenimento della dignità morale della propria persona, in quanto tale dignità esteriormente si manifesti. *Neminem laedere* indica il rispetto della persona altrui, come tale, ossia il riconoscimento pratico dei Diritti denominati originarii. *Suum cuique tribuere* finalmente inculca il riconoscimento di tutti i Diritti, acquisiti dagli altri uomini (*u*). Ma questi dettati son essi realmente al-

(*t*) *L.* 10, § 1, *de just. et jure* (I, 1), 53, *J. eod.* (I, 1).

(*u*) Alcuni dissero, che il secondo precetto risguardava la persona, il terzo i beni, ma questa non è la vera loro distinzione. Il rispetto dovuto al matrimonio, od alla patria potestà di un altro, appartiene al terzo pre-

Digitized by Google

trettante regole di Diritto, come si potrebbe credere, stando all' espressione di Ulpiano? Ne hanno l' apparenza il secondo, ed il terzo, non così il primo; in sostanza però non sono propriamente regole di Diritto, ma bensì piuttosto precetti morali, che costituiscono la base delle regole di Diritto. La cosa balza agli occhi, riguardo al terzo *praeceptum*, il quale è il precetto morale della giustizia, che qui ha uguale contenuto ed uguale estensione del sistema dei Diritti acquisiti (*v*). È pur manifesto, che molte delle più importanti regole di Diritto desumono la loro origine dal secondo. Ma anche il primo *praeceptum*, nel quale questo carattere sembra più dubbio, è pur esso sorgente di regole di Diritto e può quindi essere detto *Juris praeceptum*, nel senso di Ulpiano. Da esso derivano innanzi tutto le istituzioni protettrici de' *boni mores*, repressive del *turpe* (*w*); vi si attengono inoltre le importanti e copiose re-

cetto (benchè non concerna i beni), il rispetto per la vita altrui al secondo. — Burchardi, *Principii fondamentali del sistema del Diritto*, § 42 e seg., spiega questi tre precetti secondo la sua maniera, e considera il primo come attinente al *jus publicum*, il secondo come attinente al *jus privatum*, ed il terzo come attinente al Diritto misto delle azioni. Vedi sopra, § 16, *o*.

(*v*) Per tal modo si spiega come la *justitia* soglia essere definita esclusivamente come *voluntas jus suum cuique tribuendi*, senza mentovare i due primi precetti. *L.* 10, *pr. de J. et J.* (I, 1) *L.* 31, § 1 *depos.* (XVI, 3), Cicerone, *de invent.* II, 53, *de finibus* V, 23, *Auct. ad Herenn.*, III, 2.

(*w*) Ne risulta l' invalidità de' contratti aventi, direttamente od indirettamente, per iscopo alcun che d' immorale, e così del pari la *conditio ob turpem causam*.

Digitized by Google

gole di Diritto, che si fondano sul requisito della verità e della onestà, e quindi la sommamente moltiplice influenza del dolo su tutte le parti del Jus privato. Di tali regole di Diritto, si può dire ch'elle appartengono al primo ed al secondo *praeceptum* ad un tempo, venendo legittimate tanto dall'uno, quanto dall'altro esclusivamente. Adunque i tre *praecepta* non costituiscono altrettante regole di Diritto, ma danno luogo ad una classificazione di queste, secondo che dall'uno, o dall'altro emanano, colla limitazione, però, che nessuno potrà avvisarsi di fondare su tale ordinamento il sistema dei Diritti. Volendoli poi ordinare, secondo l'intrinseca loro essenza, converrà collocare in cima di tutti il primo *praeceptum*, perchè è il più intimo ed, appunto per tal motivo, in sè racchiude il germe degli altri; il secondo ha un carattere più esteriore, molto più ancora il terzo, e per ciò appunto i due ultimi ponno essere considerati nella loro pienezza, indipendentemente dalla moralità dell'agente, secondo il Diritto. Invece, prese per base dell'esame l'importanza e fecondità dei tre *praecepta* pel Diritto, la relazione è del tutto inversa, imperocchè il terzo è il fonte più copioso di regole di Diritto, il secondo ed il primo sono gradatamente meno fecondi; cosa naturale, appartenendo il Diritto, per sua essenza, al campo della vita sociale esteriore (*x*).

(*x*) Anche Weber, *obbligazione naturale* § 98, è in sostanza della stessa opinione riguardo ai tre *praecepta*, imperocchè ammette, ch'essi non siano regole di Diritto, ma fonti di esse: egli, però, non dimostrò l'applicazione di tale principio in ciascuno dei *praecepta*.

Digitized by Google

APPENDICI

I e II.

Digitized by Google

Digitized by Google

APPENDICE I.

Jus naturale, gentium, civile.

(Al § 22, nota *s*).

Appo i romani giureconsulti riscontransi due divisioni del Diritto, relativamente alla sua origine generale. L' una è bipartita, e divide il Jus secondo ch' è particolare de' Romani *(civile)*, o comune a tutti i popoli *(gentium*, o *naturale)*. L' altra è tripartita e contempla il Diritto particolare de' Romani *(civile)*, quello comune a tutte le nazioni *(gentium)*, e quello comune agli uomini ed agli animali ad un tempo *(naturale)*.

Per noi, la prima divisione non è soltanto l' unica che sia giusta, ma è altresì quella che vuol essere risguardata come il pensiero dominante presso i Romani, non volendosi considerar l' altra, se non come esperimento d' una divisione più ampia, il quale nè fu generalmente riconosciuto, nè ebbe influenza su speciali dottrine di Diritto.

La divisione bipartita è esposta nel modo più compiuto in molti passi di Gajo. Ei la pianta espressamente nell' introduzione della sua opera, senza che si trovi nemmeno traccia di un terzo membro possibile (*a*). Per lui il *Jus gentium* è il più antico di tutti, antico quanto la stir-

(*a*) Gajo I, § 1, *(L. 9, de J. et J.* I, 1*)*.

Digitized by Google

pe umana (*b*), e sorge dalla *naturalis ratio*, insita in ciascun uomo. (*c*); e perciò, altrove, ei lo chiama anche *jus naturale*, riferendo, poi a capriccio, i mezzi naturali d'acquistare la proprietà, ora al *jus naturale* (*d*), ed ora alla *naturalis ratio* (*e*). Il principio, che al proprietario del fondo appartiene sempre anche la casa soprastante, è da lui appoggiato, tanto al *jus civile*, quanto al *naturale* (*f*). Gajo denomina pure *civilia et naturalia jura* le agnazioni e cognazioni (*g*). Manifestamente ei non ammette, adunque, se non la divisione bipartita e considera, come del tutto equivalenti *jus naturale* e *jus gentium*.

Così del pari Modestino conosce soltanto due specie di Diritto, il *civile* ed il *naturale* (*h*). Lo stesso è di Paolo, il quale riferisce al *jus naturale*, anche l'effetto della *servilis cognatio* d'essere impedimento al matrimonio (*i*). Ugualmente Marciano, Florentino, e Licinio Rufino usano l'espressione di *jus naturale* in casi, ne' quali intendono indubbiamente di parlare del *jus gentium*, ed anzi si servono alternativamente dell'uno o dell'altro vocabolo (*k*).

(*b*) *L.* 1 *pr. de adqu. rer. dom.* (XLI, 1).

(*c*) Gajo I, § 1, 189, *L.* 1 *pr. de adqu. rer. dom.* (XLI, 1).

(*d*) Gajo II, § 65, 73.

(*e*) Gajo II, § 66, 69, 79.

(*f*) *L.* 2, *de superfic.* (XLIII, 18).

(*g*) Gajo I, § 158.

(*h*) *L.* 4, § 2, *de grad.* (XXXVIII, 10).

(*i*) *L.* 11, *de J. et J.* (I, 1), *L.* 14, § 2, *de ritu nupt.* (XXIII, 2).

(*k*) *L.* 2, 3, 4, *de div. rer.* (I, 8) *L.* 59 *de obl. et act.*

Digitized by Google

La divisione tripartita si riscontra nel modo più compiuto in Ulpiano (*l*), dopo di lui in Trifonino (*m*) ed Ermogeniano (*n*), e si appoggia alla seguente ipotesi. V' ebbe un tempo, nel quale gli uomini non conobbero fra di loro altre relazioni, fuorchè quelle che hanno anche le bestie, l' avvicinamento de' sessi, la propagazione ed educazione de' nati. A questa, tenne dietro una seconda età, nella quale sorsero gli Stati, fu introdotta la schiavitù, la proprietà privata, e le obbligazioni, in modo uniforme presso tutti gli uomini. Per ultimo, il Diritto si svolse in ogni Stato, in modo particolare, parte discostandosi dagli instituti generali e parte aggiugnendovene di nuovi.

La prima cosa, che balza agli occhi in tale divisione,

(XLIV, 17). *L.* 32, *de R. J.* (*L.* 17). Anche Cicerone contrappone dappertutto soltanto *natura* e *lex*, e considera equivalenti *natura e Jus gentium*. Cicerone *de off.* III, 15.

(*l*) *L.* 1, §, 2, 3, 4, *L.* 4, *L.* 6, *pr. de J. et J.* (I, 1).

(*m*) *L.* 64, *de cond. indeb.* (XII, 6) sull' origine della schiavitù, concordante in tutto con Ulpiano. Meno precisa è la *L.* 31, *pr. depos.* (XIV, 3) « Si tantum naturale et gentium jus intuemur », nella quale le parole *naturale et gentium* possono intendersi come *naturale id est gentium*, dacchè una distinzione, fra i due Diritti, non sarebbe in armonia col principio.

(*n*) *L.* 5, *de J. et J.* (I, 1). Il frammento qui inserito nel Digesto, parla bensì, del *Jus gentium*, ma la relazione col *Jus naturale* (senza dubbio nominato poco prima), è sì palese, che noi possiamo ammettere, senza esitanza, una conformità assoluta con Ulpiano. Anzi noi appunto da questo passo, abbiamo desunta in gran parte l' esposizione data nel testo.

Digitized by Google

e che la fece spesso severamente criticare, è l' avere attribuito alle bestie Diritto e coscienza del Diritto (*o*). Ma qualora si voglia prescindere dall' espressione, che senza dubbio non è opportuna, la sostanza di tale opinione può certamente difendersi. Ogni rapporto di Diritto ha per base una materia qualsiasi, alla quale è applicata la forma di Diritto, e che si può quindi considerare, astraendo da siffatta forma. Per la maggior parte dei rapporti di Diritto, questa materia è arbitraria, in quanto che si può immaginare la schiatta umana come sussistente, anche senza di essa; tali sarebbero la proprietà e le obbligazioni. Non è così dei due rapporti suaccennati, dell' avvicinamento dei sessi, cioè, e della propagazione ed educazione de' nati, i quali sono piuttosto rapporti generali di natura, comuni agli uomini ed alle bestie, e senza di cui la stirpe umana non potrebbe avere duratura esistenza. Nel fatto, adunque, que' giureconsulti non attribuiscono alle bestie il Diritto, ma sì bene la materia del Diritto, il rapporto naturale, che ne costituisce la base (*p*). L' opinione, quindi, non solo è vera, ma è altresì importante e meritevole di essere presa in considerazione; solo ch' essa non si presta ad una divisione

(*o*) *L.* 1, § 3 *de J. et J.* (I, 1) « jus istud .... omnium animalium .... commune est », e più avanti « videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri ».

(*p*) Donello, I, 6, difende Ulpiano all' incirca nella stessa maniera, e dice, che quel giureconsulto non attribuisce alle bestie il vero rapporto di Diritto, ma alcun che di simile. Questo, però, non giustifica la divisione come tale.

Digitized by Google

del Diritto e meno ancora ai bisogni pratici de' Romani. Vi avrà, senza dubbio, dato motivo l' osservazione, che gli instituti di Diritto, benchè comuni a tutti i popoli stranieri, doveano essere però risguardati come naturali in differente grado. Così p. e. non poteano disconoscere, che la prima origine della schiavitù doveva attribuirsi alla violenza, e quindi al caso ed all' arbitrio, ed è anzi possibile che l' intiera divisione tripartita non sia stata introdotta, se non in vista della schiavitù; ma per questo non vuol esser meno rifiutata. Innanzi tutto, perchè la distinzione dei rapporti, più o meno naturali, è arbitraria ed incerta, poi perchè la divisione, così concepita, non concerneva se non l' essenza generale ed indeterminata degli instituti di Diritto e dovea quindi rimanere infeconda, rimanendo affatto esclusa dal suo campo la molto più importante applicazione alle speciali regole di Diritto. Nella divisione bipartita, invece, è sensibile anche l' antitesi delle regole di Diritto ed essa è quindi la sola, che sia con frutto applicabile al sistema di Diritto.

È dato mostrare inoltre, che la divisione bipartita fu sempre predominante nel Jus romano, ed innanzi tutto potremmo addurne in prova il maggior numero di testi più sopra citati; quando, però, non fossimo inclinati a darvi minor peso, potendo la scelta dei testi, che su tale argomento possediamo, aver molto proceduto dal caso. Per noi è, invece, prova decisiva la grande influenza, che tale divisione ebbe manifestamente sull' intiero sistema del Diritto, mentre l' altra non apparisce in alcun luogo posta in pra-

Digitized by Google

tica. In fatto, nelle Istituzioni, ed in singoli dettati di Diritto, noi troviamo dappertutto una dichiarazione di due membri e mai di tre; il secondo membro s'attiene sempre al *Jus gentium*, e tuttavia è d'ordinario indicato coll'espressione di *Jus naturalis*; su di che non v'ha ombra di dubbio. Taluno potrebbe forse dire non essere anche questo, se non un aumento di attestazioni a favore della divisione bipartita, indizio della lotta permanente fra le diverse opinioni e non del trionfo della prima. Ma Ulpiano stesso, in moltissimi passi, s'attenne alla divisione bipartita; egli è per tal modo manifesto, che anch'esso propose in generale la divisione tripartita, soltanto come argomento di mera speculazione, ma non tentò nemmeno di farne uso in tutte le importanti applicazioni, che ne potevano ricorrere nell'intiero sistema del Diritto. — Questa antitesi fra' due membri, coi nomi di *civile* e *naturale*, si presenta nominatamente nelle applicazioni seguenti:

1) Le condizioni del matrimonio, si fondano sulla *ratio civilis* e *naturalis* (*q*).

2) Anche secondo Ulpiano, v'hanno due specie di parentela, la *civilis* e la *naturalis cognatio* (*r*).

3) La proprietà può acquistarsi e le obbligazioni possono contraersi, ora *civiliter* ed ora *naturaliter*, ed a seconda ne sorge la facoltà di farsi rappresentare da un uomo libero (*s*).

(*q*) *Pr. J. de nupt.* (I, 10).

(*r*) *L.* 4, § 2, *de grad.* (XXXVIII, 16), (Modestino), § 1, *J. de leg. agn. tut.* (I, 15), *L.* 17, § 1, *de adopt.* (I, 7), (Ulpiano).

(*s*) *L.* 53 *de adqu: rer. dom.* (XLI, 1), (Modestino).

Digitized by Google

4) Ulpiano denomina *naturale jus* il diritto del proprietario del suolo alla casa su di esso eretta (*t*).

5) La *possessio* è o *civilis*, o *naturalis*, anche presso Ulpiano (*u*).

6) Di particolar momento è l'antitesi tra la *civilis* e la *naturalis obligatio*, riprodotta sotto questa forma anche da Ulpiano (*v*). La cosa stessa ed inoltre molti testi mostrano espressamente, che per *naturalis obligatio* s'intende una obbligazione fondata sul *Jus gentium* (*w*).

In tale argomento le Istituzioni di Giustiniano procedettero del tutto inconsideratamente. Prima accolgono il passo di Ulpiano, che stabilisce la divisione tripartita, e l'applicano al caso della schiavitù (*x*). Poi inseriscono anche i testi di Gajo, di Marciano, e di Florentino, che, o danno essi medesimi la divisione bipartita, o la suppongono necessariamente già ammessa (*y*). È poi da notarsi particolarmente un passo, nel quale riproducono le parole di Gajo,

(*t*) *L.* 50, *ad L. Aquil.* (IX, 2).

(*u*) *L.* 3, § 15, *ad exib.* (X, 4), *L.* 1, § 9, 10 *de vi*, (XLIII, 16), ambedue di Ulpiano.

(*v*) *L.* 6, § 2, *L.* 8, § 3, *de fidej.* (XLVI, 1), *L.* 14, *de Obl. et Act.* (XLIV, 7), *L.* 6 *de compens.* (XVI, 2), *L.* 10, *de V. S.* (L, 16), *L.* 1, § 7, *de pec. const.* (XIII, 5), tutte di Ulpiano.

(*w*) *L.* 84, § 1, *de R. J.* (L, 17), (Paolo), *L.* 47, *de cond. indeb.* (XII, 6), (Celso).

(*x*) § 4, *J. de J. et J.* (I, 1), *pr. J. de j. nat.* (I, 2), *pr. J. de Lib.* (I, 5).

(*y*) § 1, 11, *J. de j. nat.* (I, 2), *pr.* § 1, 18, *J. de div. rer.* (II, 1).

Digitized by Google

e poi vi fanno una aggiunta, che dice espressamente *Jus naturale* significare lo stesso di *Jus gentium*, e risultare ciò dall' anzidetto (*z*).

Dopo quanto abbiamo esposto, il più saggio partito è quello di risguardare la divisione di Ulpiano come una semplice curiosità, e quella di Gajo come la sola dominante nel Jus romano.

(*z*) § 11, *J. de div. rer.* (II, 1): « quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili ».

Digitized by Google

APPENDICE II.

L. 2, *C. quae sit longa consuetudo* (VIII, 53).

(Al § 25, nota *y*).

Questo rescritto di Costantino dell' anno 319 suona così : *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est : verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

È incredibile quante difficoltà sollevò sempre questo passo e quante prove furon fatte per superarle. Il significato, che sembra avere a primo aspetto, si è che la consuetudine non valga, se non a completare le leggi, e sia inetta a modificarle, od abrogarle. Tale senso è però sì rifiutabile, per tante testimonianze di tutti i tempi (§ 25), che ci è forza assolutamente cercarne un altro.

Possiamo innanzi tutto ammettere senza esitanza, che qui si parli soltanto di consuetudini particolari, e che l'imperatore non abbia punto avuto in mente di abolire le consuetudini generali, come sarebbe, a mo' d' esempio, quella che abrogò il secondo capitolo della *L. Aquilia* (*a*). Il che vuolsi in primo luogo ammettere, perchè in quel rescritto non si contemplavano certamente se non que' Diritti consuetudinarii, che nell' avvenire si formassero, od almeno venissero in luce,

(*a*) *L.* 27, § 4 *ad L. Aquil.* (IX, 2).

Digitized by Google

ed ai tempi di Costantino era quasi impossibile che sorgessero altri Diritti consuetudinarii, fuorchè particolari. In secondo luogo l'espressione alquanto dispregiativa, *non vilis auctoritas*, sarebbe affatto male applicata ad una consuetudine, prodotta dall'uso generale della nazione, mentre invece è opportuna, riferibilmente al Diritto consuetudinario di speciali paesi. Inoltre la *lex*, della quale è fatto parola, non poteva certamente a que' tempi essere altro, se non una legge imperiale, sicchè sorge la questione generale qual fosse la relazione di un Diritto consuetudinario particolare con una legge imperiale generale. Qui conviene distinguere, se la legge sia assoluta, o suppletiva (§ 16). Se è assoluta, la costituzione politica generale importa naturalmente, ch'essa limiti il Diritto consuetudinario particolare (§ 9); ma anche, prescindendo dall'esistenza d'una legge, sarebbe impossibile un tale Diritto consuetudinario, qualora venisse a ferire un interesse generale dello Stato (*b*), e quindi esso varrà ancor meno, quando questo interesse dello Stato abbia provocata una legge assoluta. Una legge siffatta, non può adunque essere abrogata da una consuetudine posteriore d'una città, o d'una provincia. Lo stesso vuol dirsi anche d'un Diritto consuetudinario anteriore, che alcuno cercasse di far valere come particolare, non espressamente abolito dalla legge generale, e così, per darne un esempio, contro le leggi sull'usura a nulla gioveranno le consuetu-

(*b*) *L.* 1, *C. Th. de longa consuet.* (V, 12): » *Cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt permanebunt* ». Così pure in un caso speciale, ma con maggior precisione, nella *Nov.* 134, C. 1.

Digitized by Google

dini particolari sì anteriori, come sussecutive (*c*). Uguali condizioni abbiamo anche, quando si tratti di leggi particolari di singoli luoghi. Così p. e. tali leggi permettevano in alcune città di seppellire entro il recinto delle mura, e, proibito più tardi, per viste di polizia, tal genere di sepoltura, rimasero senza più abolite, ancorchè la loro abolizione non fosse espressamente proclamata (*d*). — Le cose non procedono per altro a questo modo, quanto alle leggi suppletive. Azzone cita l'esempio delle consuetudini di Modena e Ravenna, per cui non si decadeva dalle enfiteusi ecclesiastiche, anche se per due anni non fosse stato pagato alcun canone; tali consuetudini conservano la loro autorità, perchè già i contraenti poteano stipulare qualunque patto loro meglio piacesse (*e*). — Questa sola antitesi basta a decidere del valore d' un Diritto consuetudinario particolare, in confronto d' una legge generale, nè giova ricorrere all'antitesi del Diritto pubblico e del Diritto privato. In fatti, anche dal Diritto pubblico si danno regole, che quantunque appartengano all' ordine generale, ammettono, però, senza pericolo, eccezioni speciali e riguardo a cui si può quindi ammettere anche un Diritto consuetu-

(*c*) *L.* 26, § 1, *C. eod.* (IV, 32). La *L.* 1 *pr. de usuris* (XXII, 1) non parla del Diritto consuetudinario, ma dell' interesse consueto che forse poteva oltrepassare la misura stabilita dalla legge. Almeno il testo, di cui trattasi, nulla dice se in tale argomento fosse modificata la legge, ed in caso con quali condizioni ciò avvenisse. Vedi Puchta, II, p. 77.

(*d*) *L.* 3, § 5 *de sepulchro viol.* (XLVII, 12).

(*e*) Azo *Comm. in Cod., in L.* 2 *cit.*

Digitized by Google

dinario particolare. Così p. e. era regola, che i magistrati municipali, non avessero alcuna *legis actio*, nominatamente per le emancipazioni; ad alcuni di essi però spettava, in via d'eccezione, ed anche Giustiniano concedeva che tale privilegio potesse, senza esitanza, acquistarsi per mezzo di consuetudine (*f*). Invece la *Lex Pompeja* prescriveva nella Bitinia, che nei Senati municipali potessero aver seggio soltanto i cittadini della medesima città e non già anche altri cittadini della Bitinia, ed, essendo tale prescrizione stata di sovente posta in non cale, fu domandato, se quella legge non fosse stata abolita dalla consuetudine di singole città. Trajano, per riguardo ai senatori stranieri, già insigniti di tale uffizio, li mantenne al loro posto, ma dichiarò che in avvenire la legge avesse ad essere osservata, ad onta della consuetudine, senza dubbio, perchè quella legge mirava ad uno scopo politico (*g*).

Abbiamo finora parlato di quella parte del testo, che dice: *consuetudo non vincit legem*, ma esso aggiunge: *consuetudo non vincit rationem*, sicchè domandasi quale significato qui abbia l'ampia parola *ratio*. In altri testi sul Diritto consuetudinario, è denominato *ratio* il convincimento comune della verità e necessità d'una regola, e quindi la vera causa, ond'ebbe origine la regola, della quale la consuetudine non sarebbe, se nón conseguenza e indizio (*h*).

(*f*) *L.* 4 *de adopt.* (I, 7). *L.* 6, *C. de emanc.* (VIII, 49).

(*g*) Plinio, *Lettere* X, 115, 116.

(*h*) *L.* 39 *de leg.* (I, 3), *L.* 1, *C. quae sit. l. c.* (VIII, 53). Vedi il *Sistema*, § 25, nota *d*.

Digitized by Google

Qui, però, non vuolsi intendere in tal modo, imperocchè come mai potrebbe parlarsi d'un conflitto del convincimento colla consuetudine, nel quale questa dovrebbe rimaner vinta? In altri testi, però, oltre alla *ratio juris*, troviamo anche una *ratio utilitatis* (*i*) e siccome la *lex* indica una legge generale, emanata nell'interesse dello Stato, in tal caso la *ratio* dinota, appunto, quell'interesse dello Stato, che non è protetto da una legge, la *ratio publicae utilitatis*. Per tal modo quell'espressione viene ad acquistare un significato più preciso e più pratico, che se si volesse per essa intendere la ragionevolezza della consuetudine medesima.

Tale sarebbe, adunque, il vero contenuto del testo: Non avranno vigore le consuetudini locali, che stanno in contraddizione coll'interesse dello Stato, sia o non sia siffatto interesse tutelato da una legge generale (anteriore o susseguentiva). Cotale disposizione, non è di lieve momento, riguardo alle consuetudini locali; ma è fondata sulla naturale loro relazione colla costituzione politica, nè contiene punto una arbitraria restrizione positiva della loro efficacia. La parte positiva, che taluno potrebbe trovarvi, sarebbe l'espressione generale di *lex*, applicabile a tutte le leggi, e non soltanto alle assolute. Ma la relazione, in cui siffatta voce sta coll'altra di *ratio*, ed ancora più la relazione nella quale il testo sta con tutti gli altri dettati de' Codici giustinianei,

(*i*) L. 1, *C. de acquir. et retin. poss.* (VII, 32) « ... tam *ratione utilitatis*, quam *juris* pridem receptum est ». Savigny, *Possesso*, p. 363 della 6. ediz.

Digitized by Google

ci fa apparire più giusto il riferire quell' espressione unicamente alle leggi assolute, alle quali già appartiene la parte maggiore delle leggi imperiali ed in ispecie quelle sì influenti di Costantino.

La parte essenziale di siffatta interpretazione, cioè, la relazione del Diritto consuetudinario locale colle leggi generali, si trova già in Giovanni ed Azzone, ma incerta e frammista ad errori; la rinveniamo più chiara e più precisa in Donello (*k*). Placentino aperse la falsa strada, più tardi assai spesso calcata da altri, di distinguere fra le repubbliche e le monarchie, ammettendo che nelle prime il Diritto consuetudinario vinca la legge, non così nelle seconde (*l*). Gli autori moderni proposero, di sovente anch' essi, spiegazioni molto arbitrarie, cercando specialmente di restringere la prescrizione del rescritto a questa, o quella applicazione delle consuetudini, e diminuirono, per tal modo, tutt' al più quanto al numero, la contraddizione con altri testi, senza però giugnere a toglierla del tutto (*m*). Alcuni, danno gran peso alle

(*k*) Azzone, *Comm. in Cod. in 4 L.* Acemesio *ibid.*, Donello, Lib. 1, C. 10.

(*l*) Placentino, nella *Summa Cod.*, tit. *quae sit longa consuet.*

(*m*) Così p. e. Schweitzer, *de desuetudine*, Lips. 1801, 8, p. 47-57. (Hübner) *Correzioni ed aggiunte ad Höpfner*, p. 167. — Schweitzer restringe del tutto ad arbitrio il testo alla semplice *desuetudo* opposta alla *obrogatio* per mezzo della consuetudine, che è sempre permessa; secondo lui, la *desuetudo* era valida nella repubblica (e cita la *L.* 32 *de leg.*), invalida nella monarchia (e qui cita la *L.* 2 *Cod. quae sit t. c.*) — Hübner non vede in questo passo, se non il divieto dell' interpretazione

Digitized by Google

parole: *sui momento*, e dicono, che la consuetudine per sè stessa non vale più della legge, sicchè tutto dipende dal vedere quale delle due sia posteriore. Per tal modo, il significato pratico del rescritto sarebbe soltanto questo. che qualunque consuetudine è indubbiamente abolita da una legge posteriore, senza che la sua più alta natura valga a proteggerla; ma Costantino non volle per fermo dichiarare cosa tanto superflua (*n*). Hofacker, da ultimo, accenna la spiegazione, che *consuetudo*, in questo passo, non dinoti un Diritto consuetudinario, ma soltanto un uso materiale, di fatto (come sarebbe p. e. una ripetizione di furti), e che questo genere di *consuetudo*, non possa abrogare la legge (*o*).

usuale erronea; ma in tal caso non sarebbe vinta la legge, ma sì bene l'opinione discordante di colui, che reputa erronea siffatta interpretazione.

(*n*) Hilliger *ad Donellum* I, 10, e più estesamente Averanio, *Interpret.* L. 2, C. 1.

(*o*) Hofacker, I, § 122: « ... consuetudinem h. l. accipi pro *consuetudine agendi civium*, quae... legi prohibitivae obstet ». — Puchta I, 120, II, 58, 211-215 s'appiglia ad un partito simile, imperocchè per *consuetudo*, egl'intende qui soltanto l'uso di fatto, che non potrebb'essere considerato come espressione del convincimento comune (e quindi del Diritto consuetudinario) ogni qualvolta la sua esistenza sia giuridicamente, o legalmente impossibile. — Qui si presenta l'altra questione, quali siano i dati, atti a farci rilevare quando la ripetizione di un uso sia incapace ad accertare l'esistenza d'un Diritto popolare, e la maniera, colla quale Puchta la scioglie (II, p. 214) conduce in sostanza all'ultimo risultamento da noi esposto. Secondo ambedue le opinioni, manchiamo delle condizioni, per le quali l'uso di fatto può divenire vero Diritto consuetudinario ed avere quindi efficace autorità.

Digitized by Google

Ma per siffatto ordine di cose sarebbe esorbitante anche la modesta espressione di *non vilis auctoritas*, non potendo un siffatto uso aspirare giammai alla benchè minima autorità.

Molto singolare è il modo, nel quale tali difficoltà furono trattate nel Jus canonico. Il testo, di cui discorriamo, trovasi inserito letteralmente nel Decreto (*p*) I canonisti non ignorarono, però, tutti gl' imbarazzi che presentava la sua spiegazione, e Gregorio IX cercò di agevolarla con una apposita Decretale, servendosi della seguente parafrasi (*q*). « Il *jus naturale* (cioè quello insito da Dio nell' uomo) non può essere cangiato da alcuna consuetudine, come non può esserne riformato il Diritto positivo (la legge dello Stato), se non quando la consuetudine fosse ragionevole e confermata da sufficiente durata ». Il giudizio se una consuetudine sia conforme a ragione, è, adunque, abbandonato al giudice; però non sempre, ma solamente nel caso, che la consuetudine debba cangiare una legge. Siffatta disposizione, dissonante dal Jus romano, ed anche per sè non superiore ad ogni eccezione, procedette manifestamente dalla

(*p*) C. 4, D. XI.

(*q*) C. 11, X, *de consuet.* (I, 4): « . . . Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas: non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare, *nisi fuerit rationabilis*, et legitime sit praescripta ». La chiusa non è propriamente, se non una ripetizione, o conferma più marcata dell' idea, già espressa in principio colla parola *longaevae*, la quale sarebbe probabilmente stata ommessa, qualora non si avesse creduto opportuno di conservare, più che possibile le espressioni del testo del Codice.

Digitized by Google

volontà di conciliare, con una specie di mezzo termine, le differenti opinioni, sorte fra giureconsulti in occasione di quel testo. — Fin qui parlammo della relazione di una consuetudine, rimpetto ad una legge anteriore; ecco ora una disposizione simile pel caso inverso (*r*). Quando il papa emana una legge generale, non ne rimangono abolite le consuetudini locali, o gli statuti anteriori, dato che siano trovati ragionevoli, e che la legge formalmente non ne stabilisca l'abolizione.

Altrettanto singolare è la parodia formale del rescritto di Costantino, contenuta nel Diritto feudale lombardo. Può essere spesso accaduto, che un cultore del Jus romano adducesse in proprio favore un passo del *Corpus Juris*, che fosse in contraddizione colle consuetudini feudali, e volesse snervare la consuetudine, opponendovi la *L. 2, C. quae sit l. c.* Oberto condanna in generale siffatto procedere col seguente dettato, ch'è la parodia del testo romano: « Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores » (*s*).

(*r*) C. 1, *de constitut.* in VI (I, 2): « ... ipsis, *dum tamen sint rationalia,* per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare ».

(*s*) 2, Feud. 1.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Fr. Hollnsteiner,
bei
Buchbinder
im rothen Haus
IN WIEN.

Digitized by Google